

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST-GRADO

**El Derecho a la identidad del hijo como objeto de
protección de la presunción pater is est**

alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984

TESIS

Para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Rocío del Pilar Vargas Morales

Lima – Perú

2011

Indice

Introducción	6
Capítulo 1	11
Relación entre Constitución, Derecho Civil y Derecho de Familia.	
Algunas pautas generales para el estudio de la Presunción Pater is est a la luz del Derecho Constitucional.	
1.1 Problemática	11
1.2 Metodología	13
1.3 Constitucionalización del Derecho: Presupuesto teórico	14
1.4 Constitucionalización del Derecho Civil	18
1.5 Constitucionalización del Derecho de Familia	24
1.6 La Constitución y bloque de constitucionalidad: Parámetros para el examen de la presunción pater is est.	33
1.6.1 Los tratados de derechos humanos como parámetro interpretativo	35
1.6.2 Los tratados de derechos humanos como parte del "bloque de constitucionalidad"	37
1.7 Principios de interpretación constitucional relevantes para nuestro estudio	41

1.7.1 El principio de unidad de la Constitución	41
1.7.2 El principio de concordancia práctica	42
1.7.3 El principio de la fuerza normativa de la Constitución	42
1.7.4 Principio pro personae	43
1.7.5 Interés superior del niño: principio de interpretación y aplicación del derecho	44
1.8 Resolución de conflictos entre derechos de rango constitucional:	
Ponderación	48
1.8.1 Reglas y principios	48
1.8.2 Ponderación	50
1.9 Límites a los derechos: test de proporcionalidad	53
1.9.1 Sub principio de necesidad	53
1.9.2 Sub principio de idoneidad	54
1.9.3 Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto	54
1.10 Límites al principio - derecho de igualdad: test de igualdad	54
Capítulo 2	58
La filiación como institución del Derecho de Familia a la luz del Derecho Constitucional	
2.1 Concepto de filiación	58
2.2 La filiación en el derecho comparado	72
2.2.1 Argentina	73
2.2.2 Brasil	80
2.2.3 Costa Rica	84
2.3 Principios de la filiación en el derecho peruano	89
2.3.1 Principio de igualdad	89

2.3.2 La igualdad como principio constitucional	91
2.3.3 Unidad de la filiación como manifestación del principio de igualdad	92
2.3.4 La protección del niño como sujeto de derechos	101
2.3.5 La identidad	110
2.3.6 La libre investigación de la paternidad	123
2.3.7 La protección de la familia	130
2.4 La filiación como derecho	134

Capítulo 3

La presunción pater is est. Análisis de su conformidad con los principios constitucionales del Derecho de Familia	141
3.1 Presunción: Concepto	141
3.2 Presunción Pater is est	143
3.3 La presunción pater is est en la actualidad: su utilidad para la protección del derecho a la identidad del niño/a	152
3.4 La presunción pater is est y su no contradicción con el principio de igualdad y unidad de la filiación	158
3.5 Apuntes sobre las causales de impugnación de la presunción pater is est	161
3.6 El plazo para impugnar la paternidad matrimonial	168
3.7 Sujetos legitimados para impugnar la presunción de paternidad matrimonial o pater is est en el Código Civil de 1984	175
3.8 Necesidad de ampliar el universo de los sujetos legitimados para impugnar la presunción pater is est	176
3.8.1 Sujetos propuestos	181
3.8.1.1 Hijo	181
3.8.1.2 Presunto padre biológico	191

3.8.1.3 Madre	197
3.9 Supuestos y criterios de resolución de casos	207
3.9.1 Hijo de mujer casada posee título de hijo matrimonial y, al mismo tiempo, posee el estado de hijo matrimonial	208
3.9.2 Hijo de mujer casada tiene el título de hijo matrimonial pero no la posesión de estado	211
3.9.3 El hijo tiene el título de hijo extramatrimonial, aunque nació de mujer casada y se tendría que haber aplicado el artículo 361 ° que regula la presunción de paternidad pater is est	212
3.9.4 Hijo de mujer casada que ha sido inscrito por un tercero	215
3.10 Propuesta Normativa	217
Conclusiones y Recomendaciones	235
Bibliografía	240

Introducción

La presente investigación tiene por objeto analizar la presunción “pater is est”, como institución del derecho de familia, a la luz de los principios constitucionales del ordenamiento jurídico peruano que influyen en todo el sistema sobre la base del principio de jerarquía.

En efecto, partimos de la idea de que el ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado y en ese sentido, algunas instituciones han transformado sus contenidos con el objeto de adecuarse a los principios constitucionales propios de un Estado Constitucional de Derecho, y más en específico a los contenidos en la Constitución de 1993.

En concreto, la presunción “pater is est” y su contenido clásico o tradicional se contrastaran con el contenido constitucional del concepto de familia, los roles de los cónyuges, los deberes que se derivan del matrimonio, los derechos del niño, el principio de unidad de la filiación y el de igualdad y no discriminación.

Teniendo en cuenta todo ello, si bien mi posición es crítica con el objeto de protección histórico de la presunción pater is est, considero que la misma debe

mantenerse vigente en la medida que su contenido ha evolucionado y vista desde la perspectiva *pro personae* o la del interés superior del niño resulta útil para proteger los derechos de estos últimos. Así, mi opinión es que la presunción de paternidad matrimonial, cuyos presupuestos siguen siendo el deber de cohabitación y fidelidad en el matrimonio, tiene como finalidad la protección del derecho a la identidad.

Ahora bien, esta afirmación a su vez implica que desarrollemos el contenido del derecho a la identidad del individuo en conexión con la figura en estudio. En ese sentido, la tesis recoge diversas fuentes sobre la materia para concluir que lo que protege la presunción son los derechos del hijo a la verdad biológica, al nombre, a conocer sus orígenes y a tener acceso a las relaciones familiares.

Así, en la tesis que presento sostengo que la presunción “*pater is est*” encuentra sentido y utilidad en el sistema jurídico peruano actual. Por ello, a fin de adecuarla a los principios constitucionales a los que sirven para el análisis de la misma, se propone una reformulación en el Código Civil de 1984.

En concreto, se plantea otorgar legitimidad para impugnar la paternidad matrimonial a sujetos distintos del marido y sus herederos; la eliminación de las causales de impugnación para la adopción de un sistema abierto de impugnación de la paternidad matrimonial; la incaducabilidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y el establecimiento expreso -en la norma de rango legal- de la relación entre la filiación y el derecho a la identidad del hijo.

La propuesta de ampliación de los sujetos legitimados para impugnar la paternidad matrimonial parte del presupuesto de que la presunción “*pater is est*” puede entrar

en conflicto con el derecho a la identidad del hijo e incluso con los propios derechos de los padres.

En ese sentido, se sostiene que en la atención a su derecho a la identidad, el hijo tendría legitimidad de impugnar la presunción por derecho propio. Igualmente, la madre podría impugnar la paternidad pues se encuentra en pie de igualdad con su cónyuge, en esa lógica podrá actuar de forma directa o en representación de su hijo. Asimismo, la tesis propone que el padre biológico tenga legitimidad para impugnar la paternidad en representación del hijo, pero también por derecho propio.

Igualmente, la tesis incorpora un análisis de la presunción “pater is est” a la luz del principio de igualdad, en dos sentidos. En primer lugar, se analiza si la vigencia de la presunción pater is est afecta el principio de unidad de la filiación, es decir, si ello genera un trato discriminatorio en relación con los hijos extramatrimoniales a quienes no alcanza los efectos de dicha institución.

Al respecto, la posición que sostengo señala que la permanencia de la presunción “pater is est” en el ordenamiento peruano no afecta el principio de igualdad. Aunque haya protección constitucional para los diversos tipos de familia, así como para las uniones de hecho, el matrimonio y las otras formas de relación de las que nos da cuenta la realidad, no son siempre equiparables; por tanto, no podríamos exigir que se deriven iguales consecuencias de estos institutos.

La eliminación de la presunción “pater is est” parece inviable en la medida que el matrimonio y otras formas de interrelación entre los padres no son supuestos iguales, estas últimas no generan ninguna obligación como el deber de fidelidad y

otros, a excepción de la unión de hecho. Dicha posibilidad tampoco es óptima puesto que la esfera de derechos del niño/a podría verse desprotegida de manera potencial; es más hemos afirmado que la presunción como tal tiene una función importante para la efectividad y ejercicio de los derechos del niño/a.

En segundo lugar, la tesis examina la restricción que impide impugnar la paternidad matrimonial al hijo que, teniendo como padre a un tercero, tiene título de hijo matrimonial; al respecto, luego de establecer un término de comparación con los hijos que pretenden reclamar una filiación extramatrimonial -sin tener el impedimento de un título de estado de hijo matrimonial- y de elaborar un examen de igualdad de la restricción a la que hacemos referencia, concluimos que esta es discriminatoria, pues en comparación con este último grupo, impide de manera irrazonable que el individuo pueda ejercer libremente el principio de libre investigación de la paternidad.

Por otro lado, si bien la propuesta busca que el título de estado del hijo de la mujer casada cuyo padre no es el marido tenga correspondencia con la verdad biológica, la regla no es absoluta. En efecto, ésta admite que aun cuando la verdad biológica sea irrefutable, pueden prevalecer otros elementos propios del derecho la identidad que determinarán si se declara o no la nulidad del título de hijo matrimonial que ostenta determinado individuo.

En la resolución de un caso de impugnación de la paternidad matrimonial entran a tallar la verdad biológica, el derecho al nombre y la posesión de estado. Las relaciones entre ellas terminan siendo confluyentes u opuestas, y el criterio de resolución se determina a partir de cada caso en concreto, ponderando o aplicando el principio del interés superior del niño.

En líneas generales, la tesis plantea una sustitución parcial de algunos artículos del Código Civil de 1984 y sistematiza los fundamentos de la presunción pater is est que le permitan estar en consonancia con los principios de derecho constitucional y con el rol tuitivo que cumple el derecho de familia en la actualidad.

Capítulo 1

RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN, DERECHO CIVIL Y DERECHO DE FAMILIA; Y ALGUNAS PAUTAS GENERALES PARA EL ESTUDIO DE LA PRESUNCIÓN PATER IS EST A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1.1 Problemática

La familia, en tanto institución social, económica y jurídica, viene experimentando vertiginosos cambios que se reflejan en las diferentes formas que adopta a partir de los roles que asignados por la sociedad y el estado tienen sus miembros y que el derecho debe normar y comprender en los sistemas jurídicos formulados no solo a partir del derecho de familia propiamente, sino también a la luz del derecho constitucional y los principios de derechos humanos que lo albergan.

Uno de los cambios en la organización de la familia que se verifica con mayor frecuencia a partir de su mayor publicidad en los últimos tiempos, es el referido a la existencia de niños y niñas nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido de ésta. Así, la tradicional familia basada en el matrimonio y fundada en los deberes de

fidelidad y cohabitación entre los cónyuges, no es precisamente una que se verifica siempre en la realidad social. Esto supone que existen niños y niñas que formalmente tienen por padre al marido de la madre, en razón de la institución de la presunción de paternidad matrimonial o presunción *pater is est quest nuptiam* demostrant, pero que en razón a la verdad biológica y la posesión de estado, en algunos casos, tienen por padre biológico a una persona distinta del marido de la madre.

Entonces, partiendo de las modificaciones que también ha experimentado el derecho de familia, transitando por un proceso de “constitucionalización”, como denomina un sector de la doctrina a este paso del ámbito privatista a uno más publicista o social, en el que el rol del Estado y la noción de derechos fundamentales impregna y determina algunas de las instituciones más emblemáticas del derecho de familia, como la presunción de paternidad matrimonial, creemos necesario redimensionarla y permitir al derecho proporcionarle una naturaleza más acorde a su innegable, aunque moderna, vocación protectora y garantista, asignándole como objeto de protección el derecho a la identidad del hijo.

Siendo así, es preciso entonces considerar que si bien la presunción de paternidad matrimonial otorga un nivel de certeza y protección, en efecto, al hijo de mujer casada, quien en situaciones “de normalidad” se verá exenta de la obligación de probar que cada hijo que concibe es de su marido; para los casos en que esta mujer concibe un hijo que no es de su marido, será preciso que el derecho, en aras de la protección del derecho a la identidad de estos niños, haga más versátil y permeable la presunción de paternidad matrimonial y permita que ésta ceda a la realidad social y biológica, primando así la verdad biológica, el principio de libre investigación de la

paternidad, el derecho a conocer, en la medida de lo posible, a los padres y el ejercicio y vigencia del derecho a la identidad que contiene a los principios y derechos antes mencionados y que a la luz del principio del interés superior del niño, cobra más vigencia aún en un Estado constitucional de derecho.

Precisamente, en un Estado constitucional de derecho que enarbola el principio y el derecho a la igualdad, así como la primacía de los derechos fundamentales de la persona, es que considero importante retornar a las instituciones del derecho civil y de familia, en particular, para otorgarles un contenido acorde al derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos. Este ejercicio supone una labor de jerarquización, aunque también de ponderación, ya que existe una dicotomía, aparente en algunos casos, entre el derecho al honor y la intimidad de los padres y el derecho a la verdad biológica y a la identidad del hijo. Finalmente, todos vistos a la luz del interés superior del niño cobran sentido y cumplen un rol que asegura la garantía que el Estado, a través del derecho, debe brindar a las personas y la comunidad.

1.2 Metodología

En la presente investigación se ha utilizado una metodología exegética y dogmática en igual medida. Para la elaboración de este documento se ha estudiado y analizado documentos de doctrina nacional, comparada y jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (TC), el Poder Judicial, tribunales nacionales de países como Argentina, España, Colombia y de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otros.

Igualmente, se realiza un análisis normativo de algunos artículos del libro derecho de familia del Código Civil peruano a la luz de la Constitución de 1993, en concreto de los que se refieren a la presunción “pater is est”. En ese sentido, el método de interpretación empleado es el que conocemos como “interpretación constitucional”, que va más allá de los criterios de interpretación establecidos por Savigny. Es decir, los métodos literal, teleológico, sociológico entre otros, si bien son criterios a tomar en cuenta, convergen con los que se denominan “interpretación conforme”, unidad de la Constitución, pro persona, entre otros.

Básicamente, se ha realizado un examen comparativo entre sistemas normativos de distintos ordenamientos. De hecho, esta tesis acude a la metodología del derecho comparado, para recoger y estudiar el instituto de la presunción “pater is est” en el estado actual del Estado Constitucional.

Para la búsqueda de normativa, doctrina y jurisprudencia se ha accedido a distintas bibliotecas universitarias ya sea para revisar libros nacionales y extranjeros y revistas académicas de derecho. También se ha utilizado diversos recursos electrónicos, como revistas y libros en línea.

1.3 Constitucionalización del Derecho: Presupuesto teórico

Un punto de partida en nuestra investigación es el del derecho constitucional y su influencia en el derecho civil, y en específico en el derecho de familia. El derecho constitucional es una base angular que nos permite dar una mirada desde la

Constitución, norma suprema del ordenamiento interno -de acuerdo a la pirámide de Kelsen-, al instituto de la filiación y la “presunción pater is est”.

En el ordenamiento peruano, el rango supremo de la Constitución se desprende del artículo 45 de la Carta de 1993 que a la letra indica que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”. Y de otro lado, el TC -máximo intérprete de la Constitución- en la sentencia recaída en el expediente N° 0047-2004-AI/TC, ha señalado que “la Constitución es la fuente de las fuentes de derecho, es decir, la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran”.

En mi investigación, este tema tiene una relevancia práctica importante en la medida que todo el análisis a los institutos jurídicos se realiza o incluye un examen a la luz de la fuente máxima del ordenamiento peruano.

Ahora bien, estas consideraciones son consecuencia de la Constitución conceptualizada como norma jurídica, en oposición a los momentos en los que ella no era sino considerada una mera carta política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras a la labor de los poderes del Estado¹.

Pero sobretudo, el parámetro “Constitución” o los “lentes constitucionales” que utilizamos para examinar la rama del derecho de familia y la presunción “pater is est”

¹ Landa Arroyo, César. Constitución y Derecho Civil: lectura constitucional del Título Preliminar del Código Civil, en: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Lima: Palestra, 2008, p. 216

en concreto, es una manifestación del fenómeno de “constitucionalización” de todas las ramas del derecho. Este término se refiere a la existencia de una **Constitución** que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores en general.

La idea de “constitucionalización” se refiere al efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido normativo y axiológico se irradia respecto de todo el sistema jurídico.

Así, el fenómeno de la Constitucionalización tiene como efecto el hecho que la Constitución es norma directamente aplicable, con lo cual toda interpretación de normas infraconstitucionales debe hacerse a la luz de ésta, lo que puede significar una reinterpretación de conceptos. De hecho, Barroso indica lo siguiente:

Como antes he señalado, la constitucionalización del derecho infraconstitucional no tiene como principal característica la inclusión en la ley menor, de normas propias de otros dominios, sino la reinterpretación de institutos bajo una óptica constitucional².

En términos concretos, la constitucionalización del derecho supone que cualquier operación de ejecución del derecho envuelve la aplicación directa o indirecta de la Constitución. En efecto, la aplicación directa de la Norma Fundamental presupone que una pretensión se puede fundar en una norma o disposición de rango

²Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, disponible en: <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/004-neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-luis-roberto-barroso.pdf>, revisado el 17-03-2010. La traducción es nuestra. En el idioma original se señala: *Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.*

constitucional; y la aplicación indirecta implica que una pretensión sustentada en una disposición de rango legal debe ser conforme con la Constitución, es decir, el sentido de la norma a aplicar debe basarse o interpretarse conforme a la ley fundamental.

De esta forma, la “constitucionalización” implica que la Carta Constitucional funciona como parámetro de validez y vector de interpretación de todas las normas del sistema u ordenamiento.

De hecho, Barroso se encarga de señalar que las manifestaciones de la constitucionalización, que implica la supremacía formal y material u axiológica, pueden ser las siguientes³:

- A. La declaración de inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales, posteriores a la entrada en vigencia de la ley fundamental.
- B. La declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuando la norma no ha sido creada por el legislador.
- C. La interpretación conforme a la Constitución, que se traduce en: 1.- la adhesión a la interpretación más adecuada de una norma infraconstitucional, la misma que debe tener un sentido constitucional; y 2.- la declaración de inconstitucionalidad de algún sentido interpretativo de la disposición infraconstitucional –interpretación reductora-.

³ Ídem.

En ese sentido, la interpretación conforme a la Constitución es aquella que armoniza la ley con la Constitución eligiendo “entre una doble posibilidad interpretativa- el significado que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de la interpretación conforme es el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional”. □

1.4 Constitucionalización del Derecho Civil

En relación al derecho civil, en la actualidad se señala que existe un punto de convergencia entre instituciones del derecho civil que encuentran protección última en la Constitución como ley fundamental, creándose a partir de ésta, herramientas jurídicas efectivas para hacerlas respetar⁴. Sin embargo, ello no siempre ha sido así; de hecho la doctrina da cuenta de tres fases por las que ha pasado la relación derecho civil- derecho constitucional:

1.- Con la Revolución Francesa, el derecho constitucional y el derecho civil tenían cada uno su objeto de estudio; el primero la Constitución de 1791, y el segundo el Código Civil de 1804. A pesar de la contemporaneidad de ambos documentos, estos no se relacionaban en modo alguno.

Mientras la Constitución regulaba las relaciones entre individuo y Estado, además de ser una mera carta sin fuerza normativa, ni aplicabilidad inmediata; el código civil napoleónico servía para reglamentar las relaciones entre privados, y protegía la propiedad así como hacía efectivo el principio de libertad de contratar.

⁴ Domínguez Águila, Ramón. *Aspectos de la Constitucionalización del derecho civil*, en: Revista de Derecho y jurisprudencia, tomo XCII, n°3, año 1996.

De hecho, esta separación o ausencia de comunicación entre ambas ramas del derecho fue reflejo de un modelo de Estado Liberal basado en la protección de la propiedad, la igualdad formal y la libertad individual, en el que el Estado tenía por característica el abstencionismo.

Al respecto, Kemelmajer señala que este periodo ha tenido como premisa la discusión sobre la aparente dicotomía que representaba el derecho público y el derecho privado, considerando a la esfera de los derechos humanos como una que formaba parte intrínseca del derecho público, contemplado en la Constitución Política en tanto límite al poder ejercido por el poder público. Es decir, su carácter vertical en la configuración de las relaciones ciudadano – Estado era evidente e indiscutible y otorgaba garantías al primero en la actuación y defensa de sus derechos frente al segundo.

Otra era la esfera destinada a la regulación de los derechos que entendidos como referidos a las relaciones entre particulares, estaban contemplados exclusivamente en el Código Civil. Al decir de Kemelmajer,⁵ respondía a un sistema conformado por “una sociedad casi autorregulada, compuesta de hombre iguales en los que la autonomía de la voluntad es el primer motor del tráfico”.

2.- La segunda etapa se caracteriza por un fenómeno de publicización del derecho civil.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Alberdi, precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia”, en Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, t.II, p.219. En: Gil Domínguez, Andrés y otros, Derecho Constitucional de Familia. Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 2006,p.2.

Aquí, se hace referencia al advenimiento del Estado Social frente a las críticas a la desigualdad material. Durante este periodo se deja de lado el individualismo y la autonomía de la voluntad y se admite que el Estado intervenga en las relaciones entre particulares, mediante la creación de normas de orden público, es decir, se acude a un fenómeno de publicización del derecho civil, es la etapa del dirigismo contractual.

3.- La tercera etapa es la de Constitucionalización del Derecho Civil

Esta etapa ocurre a partir de la segunda mitad del siglo XX. Se ha llevado a cabo con la expansión del modelo de Estado Constitucional, pero también con la internacionalización de los derechos humanos.

De acuerdo a Barroso, esta es la etapa de la “despatrimonialización, una repersonalización del derecho civil, con énfasis en valores existenciales y del espíritu, tanto en el reconocimiento de los derechos de la personalidad, como en su dimensión física y psíquica”⁶.

Al respecto, la manifestación más clara de esta etapa es la que da cuenta de la APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN a las relaciones horizontales, es decir la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.

⁶ Barroso, Op.Cit, p. 33. La traducción es nuestra, en el idioma original se establece: “*despatrimonialização* uma *repersonalização* do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica”.

Y es que esta etapa se caracteriza por la inexistencia de una distinción rígida entre lo público y lo privado. TODO el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que *todas* las relaciones que éste regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella.

En el ordenamiento peruano, dice Mijail Mendoza, no hay una disposición que explicita la eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales. Sin embargo, el autor indica que la interpretación de algunas de las disposiciones constitucionales y de acuerdo a algunos fallos del TC, se puede afirmar que, en efecto, los derechos constitucionales proyectan su fuerza normativa al ámbito de las relaciones entre particulares⁷.

Los elementos que nos permiten afirmar ello son: el principio de dignidad de la persona, el principio de primacía de la Constitución, la procedencia del amparo contra actos u omisiones provenientes de particulares.

Así, para el TC el efecto horizontal de los derechos fundamentales se fundamenta en la primacía de la norma constitucional. El siguiente fallo da cuenta de eso:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*,

⁷ Mendoza Escalante, Mijail. Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano, disponible en: <http://alojamientos.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MijailMendoza.pdf>, revisado el 17-03-2010.

no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su *fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares*, (...) En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional”⁸.

En el mismo sentido, para el TC el fundamento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados también se basa en el principio de dignidad. De esta forma, en sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huayco (Exp. 976-2001-AA/TC), establece que:

“(…), esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’.

Ahora bien, hablar de eficacia horizontal de los derechos fundamentales respecto de las relaciones entre privados supone otorgarle un efecto directo o uno indirecto, ello depende de lo que establezca el legislador o el intérprete u órgano aplicador del derecho.

⁸ Exp. 1124-2001-AA/TC, FJ. 6.

En el ordenamiento peruano se ha optado por el efecto directo de los derechos fundamentales en el espacio de las relaciones entre particulares, es decir, en el espacio del derecho que rige las relaciones entre particulares y la autonomía de la voluntad. A decir de Mendoza, esto es una característica o consecuencia de la FUERZA REGULADORA de los derechos fundamentales que los convierte en parámetro de una conducta o de una relación jurídica privada. En otras palabras, estos se convierten en “normas de conducta” con aptitud prescriptiva de mandatos, prohibiciones o permisiones en las relaciones jurídicas privadas⁹.

Para el autor, el efecto indirecto de derechos fundamentales no es aplicable en el ordenamiento peruano porque este únicamente se refiere a la función interpretativa que ejercen ellos respecto al resto de normas del ordenamiento infraconstitucional. Es decir, el derecho fundamental impone la adopción de la interpretación de una norma que optimice el mismo¹⁰.

De hecho, el TC en el caso del caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, refiriéndose a la fuerza normativa de la Constitución -que la deriva del art. 38º de ésta- alude específicamente a lo que denomina como “fuerza regulatoria de relaciones jurídicas (...) entre particulares”, lo que significa darle a los derechos fundamentales el carácter de verdadera norma de conducta y la adhesión al efecto directo de los mismos respecto de las relaciones entre particulares.

⁹ Mendoza Escalante, Mijail. Op. Cit, pp.7-8

¹⁰ Idem.

Luego, desde mi opinión, los derechos fundamentales como tales, son parámetro directo y norma de conducta para los privados, no solo son criterio interpretativo para quien aplica la ley.

De este modo, la regulación de las relaciones privadas está automáticamente sujeta a las disposiciones del catálogo (constitucional) de derechos fundamentales. Ello encuentra sentido, más aún cuando los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y están obligados a aplicar la misma en la resolución de los conflictos, con lo cual los derechos fundamentales asumen el control del conflicto y desplazan a la norma infraconstitucional, que en ausencia de los primeros seguramente habría sido la utilizada para resolver el caso.

En líneas generales, esto demuestra cómo es que el cambio de paradigma paleo positivista –basado en la ley como norma máxima- al paradigma del Constitucionalismo irradia el ordenamiento en general y la Constitución se convierte en norma parámetro de todas las ramas del derecho, es norma infaltable y requisito indispensable para cualquier análisis del derecho, incluso en el ámbito del derecho civil, manifestación clásica del derecho entre privados.

1.5 Constitucionalización del Dererecho de Familia

Para el derecho de familia, que es parte del derecho civil, la “CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO” ha supuesto su humanización y universalización¹¹ que, eliminando las barreras que separan el derecho público del privado, colocan al derecho de familia como uno que se interpreta y evoluciona a la

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Op. Cit, p.3

luz de los derechos humanos contenidos en una norma superior como la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos.

Y es que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han abordado derechos e instituciones antes considerados “exclusivos” del derecho privado como el derecho al nombre, a la nacionalidad, la familia, el matrimonio y las uniones de hecho, la paternidad y la filiación, todos vistos a la luz de derechos fundamentales como la igualdad y la dignidad, principalmente, así como principios referidos a sujetos de derechos regulados particularmente por el Código Civil, como los niños y adolescentes, por ejemplo.

Por ejemplo, en el ámbito universal de los derechos humanos, si bien ha sido una especie de respuesta frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, y se dirige a proteger al individuo o si se quiere, a la humanidad, ella no ignoró a la familia.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hace referencias a la familia: “Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada y su familia” (art. 12).

Asimismo, el artículo 16 refiere que los hombres y mujeres tienen derecho a fundar una familia y que ésta es el núcleo básico de la sociedad.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Kemelmajer señala que el vínculo entre derechos humanos y familia es real y directo. En efecto, ella se encuentra convencida de que los primeros han sido el motor principal de la actual evolución del derecho de familia¹².

En el mismo sentido, Ortiz Gutiérrez señala que la Constitución Colombiana de 1991 ha influido en el derecho colombiano de manera sustancial y realiza una especial mención a la legislación de derecho civil. Al respecto, indica que a partir de 1991 se han registrado unas 35 demandas de control constitucional respecto de normas del derecho civil, lo que ha dado lugar en muchos casos al cambio del entorno normativo del derecho de familia, la relación parental, los derechos y obligaciones entre padres e hijos, el matrimonio, y una serie de regulaciones antes cerradas al derecho constitucional¹³.

Ahora bien, en ese redimensionamiento del derecho de familia, los principales beneficiados han sido las mujeres y los niños, quienes por mucho tiempo han sido considerados sujetos con capacidad disminuida o incapaces, desde la perspectiva del derecho civil.

¹² Kemelmajer de Carlucci, Aída. Derechos Humanos y Derecho de familia, en: Aspectos Constitucionales y derechos fundamentales de familia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 60-62

¹³ El Código Civil y la reciente evolución jurisprudencial en la Constitución Colombiana, en: Aspectos Constitucionales y derechos fundamentales de familia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 278.

Ello sucede por dos razones específicas que la autora señala. En primer lugar, porque la globalización ha generado el desplazamiento de los individuos en mayor medida, lo que genera un aumento de las relaciones -cuantitativas y cualitativas- pero también de los conflictos; y en segundo lugar porque las relaciones familiares han perdido el significado patrimonial clásico y autoritario, para identificarse con el concepto de comunidad solidaria¹⁴.

Asimismo, la constitucionalización del derecho de familia ha generado una ruptura del derecho de familia basado en la autoridad del padre como cabeza de familia. En efecto, ello ha generado que se inicie una nueva etapa en la que se encuentran en juego diversos intereses, lo que en muchos casos determina que el peso de la balanza favorezca a quien se encuentre más necesitado de ello.

Así, el interés de la familia, o la protección de la familia y del niño, tienen reconocimiento expreso en las constituciones peruanas del siglo XX, es decir, en la de 1920, 1933, 1979 y 1993, pero el contenido y la interpretación de las disposiciones han variado.

De otro lado, conviene destacar que la evolución del derecho de familia hacia su constitucionalización no sólo se debe a la integración de éste al derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, sino también a la influencia que otras disciplinas, distintas a las jurídicas, han ejercido en él. Particularmente, porque al abordar derechos vinculados a la esfera íntima de las personas, es innegable que para su regulación debía recurrir a la sociología, psicología, biología y ética, entre otras, las que otorgan al derecho antes considerado eminentemente

¹⁴ Ibidem, p. 59.

privado, un carácter holístico e integral, que lo aproxima e incorpora a la noción de derechos fundamentales contemplados en la Constitución y los tratados de derechos humanos.

Ahora bien, en la jurisprudencia vinculada a temas de derecho civil, en específico en materia de familia y filiación, observamos cómo los jueces realizan control difuso, inaplicando normas de rango legal propias del Código Civil, para aplicar directamente la Constitución material. De hecho, el propio artículo 233 del Código Civil de 1984 indica que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Así, las normas del derecho de familia han sido objeto de control constitucional por parte del TC que tiene como competencia exclusiva el conocimiento de acciones de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como lo establece el artículo 200 de la Constitución de 1993.

En específico, podemos mencionar la sentencia recaída en el expediente 0018-1996-AI/TC en la que se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 337 del Código Civil que originalmente establecía a la sevicia, la conducta deshonrosa y la injuria grave como causales de divorcio.

El TC declaró fundada la demanda respecto de la sevicia y la conducta deshonrosa, mas no de la injuria grave, lo que demuestra que por encima del vínculo matrimonial, prevalecen los derechos del individuo.

En concreto, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo en mención que disponía que la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez que conoce la separación de cuerpos o de divorcio, teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, porque vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley, a la vida, a la integridad moral, psíquica y física y al honor y buena reputación.

Al respecto, en relación a la sevicia –violencia física y psicológica- el Colegiado consideró que la preservación de un matrimonio cuando uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales, derechos que son inherentes a su calidad de ser humano, no era una causa legítima.

En efecto, indicó que “la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz”; por tanto dicho dispositivo era inconstitucional.

Y respecto a la conducta deshonrosa que generaba una imposibilidad de vida en común, ésta afectaba el derecho de toda persona al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca, por lo cual la determinación de tal vulneración no debía quedar en manos del arbitrio del juez.

Así, para el TC la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta

deshonrosa que haga insoportable la vida en común que autorizaba el legislador en el artículo 337 del Código Civil, no eran adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes como el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos.

En el mismo sentido, el TC ha establecido que la familia, como institución es objeto de protección por parte del máximo intérprete de la Constitución, es decir, tiene un contenido protegido por la Carta de 1993 (artículo 4). De hecho, el fallo es relevante en la medida que nos da cuenta de cómo es que el Tribunal actualiza y reconceptualiza lo que entendemos por “familia” y cómo es que las relaciones entre los miembros de ésta son protegidos por el ordenamiento.

Así, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2007 recaída en el Expediente N° 09332-2006-PAICT, el TC se ocupó del reclamo del demandante quien había solicitado un carné familiar al Centro Naval del Perú -en calidad de hija- a su hijastra (Lidia Lorena Alejandra Arana Moscoso, hija de su esposa nacida de una anterior unión) y no un pase de invitada especial. Al respecto, el Tribunal ordenó la emisión del carné a su hijastra bajo la equiparación con una hija biológica para viabilizar el acceso al Centro de recreación en cuestión.

Con ello, el Colegiado admite el concepto de familia ensamblada en el ordenamiento peruano y reconoce su protección desde el punto de vista constitucional. Es decir, si bien alude que el concepto tradicional de familia apunta al de “familia nuclear”,

reconoce que en el contexto social actual, han asomado las uniones de hecho, las familias monoparentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstruidas*, es decir, nuevos tipos de familia.

Sobre el punto, Vega Mere indica que el concepto de familia ensamblada supone un apartamiento del concepto único de familia basado en el matrimonio, y un reconocimiento del pluralismo de distintas modalidades de articular la vida familiar que reclaman legitimidad. Así, se deja de lado la ausencia de reconocimiento de aquellos modelos que no concuerdan con el monolítico modelo de familia matrimonial¹⁵.

Del mismo modo, continúa el autor, esta sentencia del TC permite afirmar aquella frase que sintetiza el cambio de visión del concepto de familia: LA FAMILIA PARA EL INDIVIDUO Y NO EL INDIVIDUO PARA LA FAMILIA. Esto quiere decir que hay un cambio, un traspaso de la familia-institución (el matrimonio), que es considerada como un valor en sí mismo, portadora de intereses colectivos que subordinan los individuales, a la “nueva” familia que se define como un espacio de afirmación y realización de la personalidad de los individuos, que busca satisfacer las necesidades de seguridad existencial y de relaciones sociales y emocionales¹⁶.

Otro ejemplo claro de intervención del derecho constitucional en el derecho de familia, es el de la pensión de viudez para la conviviente. El TC en la sentencia recaída en el expediente N° 06572-2006-PA/TC ha reconocido el derecho a pensión

¹⁵ Vega Mere, Yuri. *La ampliación del concepto de familia por obra del TC. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*, disponible en: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Yuri.pdf, p. 10, revisado el 17-03-2010

¹⁶ Ibidem, p. 11

de viudez-DL. N° 19990, a quien ostenta la condición de concubina. En su argumentación señala que la unión de hecho como tal tiene en efecto reconocimiento constitucional en el artículo 5 de la Carta de 1993 y que ello supone un reconocimiento que excede el concepto de la familia matrimonial.

De hecho, el Colegiado indica en el fundamento 11 que “no podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado sólo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existe una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto de la familia trasciende al matrimonio (...)”.

Ahora bien, en su argumentación el TC indica que de la unión de hecho se desprenden obligaciones personales, tuitivas y patrimoniales. Así como el deber de fidelidad, también se configuran obligaciones de cooperación o de tipo alimentaria, es decir, se genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre los convivientes.

De esta forma, cuando se extiende el derecho a pensión de viudez a la concubina se hace con la finalidad de compensar a ésta el faltante económico generado por la muerte del causante, dado que la propia convivencia, en palabras del Colegiado, genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes que da derecho al concubino supérstite a solicitar pensión de viudez (que además favorece a la descendencia)¹⁷.

Finalmente, las sentencias comentadas son una muestra, como bien afirma Paula Siverino, siguiendo a Germán Bidart, de que la familia no puede pertenecer más a la

¹⁷ Ibidem, p. 12

provincia del Derecho privado; los aportes del Derecho público, tanto desde el Derecho constitucional como desde el Derecho internacional, al Derecho de familia ya no dejan espacio para que se deje todo en las manos del Derecho privado, pues ahora la familia tiene otros parámetros y normas vinculantes¹⁸.

1. 6 La Constitución y Bloque de Constitucionalidad: Parámetro para el examen de la presunción Pater is Est

Este acápite es importante en la medida que los elementos para el análisis de la presunción “pater is est” no se reducen al catálogo de derechos e institutos vinculados al derecho de familia reconocidos en la Constitución de manera expresa. Al respecto, ya hemos hecho referencia a que en el fenómeno de constitucionalización del derecho civil y de familia, el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido una importante influencia.

De hecho, el Estado Constitucional ha relativizado el principio de “unidad” para dar apertura a lo que conocemos como pluralismo de fuentes. Así, en el marco del derecho interno, las fuentes de derecho externo, o de derecho internacional, también deben tomarse en cuenta al momento de analizar la figura de estudio de este documento.

Y es que estos forman parte de lo que la doctrina ha llamado Bloque de Constitucionalidad o Constitución Material, ya que tendrían una fuerza normativa de

¹⁸ Siverino Bavio, Paula, *Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del TC en el caso Shcols Pérez*, en Jus (Jurisprudencia), Grijley, Lima, Marzo, 3, 2008, p. 73.

la propia Constitución; o también podrían servir de parámetro interpretativo –figura distinta a la del bloque en mención-.

De cualquier modo, con una u otra alternativa, se explicita que el Estado peruano es un Estado enmarcado en un proceso de apertura constitucional, con cláusulas de recepción de derecho internacional que necesariamente influyen en todo el ordenamiento constitucional e infraconstitucional. Esto quiere decir, que son un elemento necesario e indispensable a la hora de estudiar los alcances y límites de un instituto jurídico o norma jurídica en concreto.

De hecho, Peter Haberle indica que existe un quinto método de análisis e interpretación del derecho que es el de la comparación y que el mismo se torna NECESARIO¹⁹. En su obra “El Estado Constitucional” cita como un ejemplo de ello al artículo 10.2 de la Constitución Española, que luego ha sido reproducido en la 4ta disposición final y transitoria de la Constitución peruana de 1993²⁰.

Dichas cláusulas grafican o son una manifestación de lo que Haberle ha llamado el actual estadio del constitucionalismo, es decir, el “Estado Constitucional Cooperativo”. En este modelo de constitucionalismo, el intérprete de los derechos fundamentales toma necesariamente en cuenta la dimensión universal y regional de la protección de los derechos del hombre²¹.

En relación al ordenamiento peruano, el Constituyente ha incluido una cláusula de apertura constitucional que es la 4ta Disposición Final y Transitoria, ha ratificado

¹⁹ Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2003, pp. 163-165

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

tratados de derecho internacional y el TC hace constante referencia a la noción de bloque de constitucionalidad, y a la existencia de relaciones de cooperación entre el derecho interno y el derecho internacional, a las que engloba y llama Tesis de la Coordinación.

La tesis en mención se basa en la confluencia teleológica de estas ramas del derecho para dar protección efectiva a los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos²².

Igualmente, poseemos legislación que hace referencia a la vinculación de los aplicadores del derecho a los tratados y fuentes del derecho internacional que vinculan al Estado Peruano. A este punto haremos referencia en los acápites que siguen.

1.6.1 Los tratados de derechos humanos como parámetro interpretativo

Un parámetro interpretativo es el conjunto de criterios normativos, jurisprudenciales, lógicos, doctrinales, axiológicos que el juez constitucional utiliza para una mejor elucidación y comprensión del alcance y propósito de las normas que integran el parámetro de constitucionalidad. Se encuentra vinculado a una labor de argumentación y búsqueda del significado de los preceptos constitucionales, y que habría de respetar los dictados literales de la Constitución.

El parámetro interpretativo es distinto al concepto de parámetro de control, ya que una fuente puede describirse como tal cuando pertenece al conjunto de fuentes del

²² STC N° 00679-2005-AA/TC, f.j. 36.

derecho que sirvan al intérprete como criterio de ajuste o de validez en términos de constitucionalidad.

En el ordenamiento peruano, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 es una cláusula interpretativa que establece que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Ahora bien, esta disposición constitucional se traduce en la obligatoriedad o exigencia de que en todo proceso interpretativo se utilicen las herramientas hermenéuticas señaladas.

En concreto, Saiz de Arnaiz indica, en relación al artículo 10.2 de la Constitución española –contenido idéntico al de la 4ta Disposición Final y Transitoria-, que a lo que obliga la norma es que el contenido predicable de los derechos, fruto de la actividad interpretativa, sea conforme con el que resulta de los textos internacionales²³.

Respecto al uso o mención jurisprudencial de dicha obligación, el TC ya aborda el tema en sentencias emitidas antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional.

²³ Saiz de Arnaiz, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 206.

En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 218-2002-HC/TC, el TC señaló que *“Los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*²⁴.

1.6.2 Los tratados de derechos humanos como parte del “bloque de constitucionalidad”

El concepto de bloque de constitucionalidad ha sido abordado en el ordenamiento peruano por el TC. De hecho, este último ha señalado que los Tratados de Derechos Humanos son parte del bloque de constitucionalidad y son parámetro indirecto de control de constitucionalidad; es decir, la norma contradictoria materialmente con la norma parámetro –en este caso el Tratado-, devendrá formalmente contraria a una norma constitucional y no con la norma parámetro²⁵.

“El bloque de constitucionalidad, como ya ha dicho este Colegiado en reiteradas oportunidades (Expedientes Nos 0002-2005-AI/TC; 0013-2003-CC/TC; 0005-2005-CC/TC; 3330-2004-AA/TC), puede ser entendido como aquella “hipótesis de infracción indirecta al parámetro de control, esto es, la

²⁴ Sentencia del expediente 218-2002-AA/TC (caso *Cartagena Vargas*), publicada el 21 de agosto de 2002, FJ.2.

²⁵ El parámetro directo implica que la norma es referencia inmediata para controlar aquella que es acusada de incompatible o contradictoria.

norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada. Está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que ésta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (STC 0047-2004-AI/TC FJ 128)²⁶.

Esta figura ha sido incorporada en el ordenamiento peruano por medio del artículo 79° del Código Procesal Constitucional que establece que *para apreciar la validez constitucional de las normas el TC considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*”.

Ahora bien, las normas del bloque de constitucionalidad, de acuerdo a lo que establece el TC, son aquéllas que se utilizan como parámetro de control de constitucionalidad, aunque poseen rango de ley. El término alude a una heterogeneidad de normas, que formalmente no tienen la condición de constitucionales, pero que no obstante ello, su común naturaleza materialmente constitucional permite que adquieran tal “status”.

En líneas generales, el concepto se refiere a determinadas fuentes con rango de ley, que asumen la condición de '*normas sobre la producción jurídica*' en un doble sentido; por un lado, como '*normas sobre la forma de la producción jurídica*', esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como '*normas sobre el*

²⁶ Expediente N° 0053-2004-AI/TC, FJ.

contenido de la normación'; es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido"²⁷.

Teniendo en cuenta ambas consideraciones respecto de los tratados, conviene señalar que de una u otra manera, estos instrumentos de derecho internacional siempre terminan delimitando, dotando de contenido o estableciéndose como parámetro de control y de aplicación respecto de normas constitucionales e infraconstitucionales.

De hecho, para el estudio que planteo los convenios vinculantes para el Perú son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Al mismo tiempo, también lo son las sentencias y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a sus efectos interpretativos. Y es que los fallos de este tribunal internacional tienen vocación de generalidad, efectos suprapartes, que se deriva del deber general de garantía y la obligación de adecuar el derecho interno consagrados en los artículos 1 y 2 de la CADH; pero también del hecho que el derecho o jurisprudencia que dicta la Corte se configura como el contenido mínimo de los derechos que los Estados han de garantizar. A ello se suma, la autoridad de un fallo emitido por el máximo intérprete de la CADH sobre Derechos Humanos.

²⁷ STC Exp. N° 0046-2004-AI/TC, FJ. 6.

En el mismo sentido, son criterios relevantes y aplicables a la práctica interpretativa las recomendaciones del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, entre otros.

Incluso, estos últimos podrían considerarse vinculantes. Al respecto, hay que tener en cuenta que la observación general N° 33 del Comité de Derechos Humanos, titulada **“las obligaciones de los Estados partes en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”**, señala que la labor del Comité de Derechos Humanos se asemeja o ha adquirido el espíritu de un órgano jurisdiccional en la medida que los Estados se encontrarían obligados a hacer efectivas las medidas que éste disponga en las comunicaciones individuales.

“Aún cuando la función del Comité de Derechos Humanos en el examen de las comunicaciones individuales no es formalmente la de un órgano judicial, las opiniones emitidas por el Comité, en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pueden tener algunas de las características importantes de una decisión judicial.

En ese sentido, se llegó a un espíritu judicial, incluida la imparcialidad y la independencia de Miembros del Comité, debido al carácter determinante de las decisiones”.

1.7 Principios de interpretación constitucional relevantes para nuestro estudio

En el derecho constitucional, la particular estructura normativa de sus disposiciones, que a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez²⁸.

Los que aplicaremos a los temas de derecho de familia son el principio de fuerza normativa de la Constitución, el principio pro personae, el interés superior del niño y los que la doctrina y la jurisprudencia han construido como el de unidad de la Constitución, concordancia práctica, entre otros.

Todos estos principios son los instrumentos que permiten armonizar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales en el ordenamiento peruano.

1.7.1 El principio de unidad de la Constitución

Conforme a este principio, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. El TC señala al respecto que el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si

²⁸ STC, expediente N° 5854-2005-PA/TC, FJ. 12

[...] fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido²⁹.

1.7.2 El principio de concordancia práctica

En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos. Al respecto, Hakkanson Nieto indica que este principio consiste en coordinar el contenido de diversas instituciones constitucionalmente relevantes, y vincularlas entre sí, para interpretar y conocer el significado de cada una de ellas³⁰.

1.7.3 El principio de fuerza normativa de la Constitución

La interpretación de las normas debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público y a la sociedad en su conjunto.

Si bien la Constitución de 1993 no tiene una norma expresa que establezca su fuerza normativa y vinculación como sí sucede con la Ley Fundamental de Bonn (1949)

²⁹ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Pedro Cruz Villalón, 1992, pp. 45-47. Sentencia emitida el 3 de octubre de 2003 sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 64 congresistas de la República, representados por el congresista Yonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1, 2, 3 y la primera y segunda disposiciones finales y transitorias de la Ley 26285 (Exp. 0005-2003-AI/TC).

³⁰ Hakkanson Nieto, Carlos. Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Disponible en: <http://pensamientoycultura.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewFile/1543/1865>, revisado el 16-03-2010.

y la Constitución española de 1978, el artículo 38 establece que “todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución”.

Al respecto, Hakkanson establece que si observamos la Carta de 1993 en su conjunto encontraremos normas que consagran su supremacía normativa frente al ordenamiento jurídico como las disposiciones que regulan la elaboración de las normas, la aplicabilidad directa de los derechos y las libertades reconocidas, el control de la constitucionalidad, entre otras³¹.

1.7.4 Principio pro personae

Es un criterio de interpretación propio del derecho internacional de los derechos humanos. En concreto, se define como la técnica interpretativa que “informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”³².

Sobre el punto, el TC ha señalado que tal principio, al que denomina “*pro homine*”, implica que ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos

³¹ Ibidem, p. 67.

³² Pinto Mónica, *El principio Pro Homine*, en AAVV, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Del Puerto, Bs. As., 1997, p. 163

fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio³³. De hecho, la aplicación de este principio encuentra sustento en el artículo 1 de la Constitución de 1993 que indica que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

1.7.5 Interés superior del niño: principio de interpretación y aplicación del derecho

En el marco de la doctrina de la protección integral se ha consagrado el interés superior del niño como principio rector de la misma. Sin embargo, hablar del contenido del interés superior del niño resulta complejo, pero al haber sido acuñado como “principio”, su grado de indeterminación se condice con su categoría y podemos ensayar una definición del mismo a partir de la teoría general y constitucional del derecho.

En principio, Diego Freedman señala que el principio del interés superior del niño, reconocido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se define como un principio jurídico garantista que se traduce en: a. Criterio orientador vinculante para la generación de normas y reglamentos; b. criterio orientador vinculante para la generación de políticas públicas. En ese sentido, el interés superior del niño se traduce en un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos³⁴.

³³ Sentencia del TC sobre acción de amparo interpuesta por don Teodoro Sánchez Basurto contra el fiscal provincial de prevención del delito de Abancay (Exp. 0795-2002-AA/TC).

³⁴ FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en: Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, disponible en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>, revisado el 18-03-2010.

De otro lado, Cillero Bruñol indica que el interés superior del niño es un principio jurídico que sirve de pauta interpretativa y de criterio de resolución de conflictos. Así, dice el autor que el artículo 3 de la Convención es de naturaleza hermenéutica, ya que dentro del propio derecho de la infancia coadyuva a interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociéndose así el carácter integral de los derechos del niño³⁵.

Asimismo, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Y además permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa³⁶.

En el mismo sentido, Álvarez Vélez señala que el interés superior del niño es una pauta de comportamiento para el Estado e individuos y un criterio de interpretación para la resolución de conflictos, aunque ello no siempre determinará la prevalencia de los derechos del niño y del adolescente por encima de otros derechos e intereses.

En esa lógica, resulta interesante lo que señalan Gil Domínguez y otros en relación a lo que se debe entender por el término "superior" en ordenamientos donde los derechos y principios tienen un mismo rango, o más bien no se han establecido posiciones preferentes a favor del algún derecho o principio.

³⁵ Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, disponible en: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>, revisado el 18-03-2010.

³⁶ Idem.

Reproduciendo a Grossman, estos autores señalan que el término “superior” no implica referirse a una “jerarquía”, sino que el mismo debe entenderse como complementario e interrelacionado con los intereses del resto de miembros de la familia para que de esta forma puedan coordinarse armónicamente los intereses opuestos.

En efecto, Grossman señala que con el calificativo “superior” se quiere reflejar que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar sus derechos, es decir, ocupa un lugar importante en la familia y sociedad, pero que ello no significa dejar otros intereses en juego al momento de resolver un conflicto.

Ahora bien, un sector de la doctrina nacional establece que en el ordenamiento jurídico peruano los niños tendrían una protección super reforzada por parte del Estado teniendo en cuenta sus especiales características, es decir, la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran.

En mi opinión, hablar de una protección reforzada supone otorgarle un rango de mayor jerarquía a los derechos del niño, cuando en el ordenamiento peruano no se establece la prevalencia de un derecho frente a otro.

Un ejemplo de ello es el colombiano; en Colombia, es la propia Constitución de 1991 la que establece los derechos del niño de manera específica y la prevalencia de los mismos frente a los demás sujetos de derecho reconocidos en el ordenamiento jurídico. En efecto, se señala que:

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia³⁷.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Para dicho ordenamiento, los niños son sujetos de protección reforzada debido a “que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación³⁸”.

En relación al orden peruano, la protección reforzada o preferente que se da al niño no debiera leerse en los términos del ordenamiento colombiano, ya que la base y

³⁷ El reconocimiento de los derechos de los niños que hace la Constitución Colombiana de 1991 no es taxativo (art. 44). Expresamente se advierte que los niños gozarán también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”

³⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-507/04

fundamento de todo el sistema es la dignidad de la persona humana, con lo cual no se establece prevalencias predeterminadas a favor de determinados sujetos de derecho.

En tal sentido, la protección reforzada, creo debe entenderse en los términos de protección especial, es decir, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los niños, pero sobre todo valorando adecuadamente, conforme al interés superior del niño, la resolución de conflictos entre derechos de rango constitucional, así como la aplicación del derecho. Este punto será abordado en el capítulo 2.

1.8 Resolución de conflictos entre derechos de rango constitucional: Ponderación

Este acápite requiere de algunas consideraciones previas respecto de la definición conceptual de los derechos de rango constitucional, para luego abordar el concepto de ponderación que utilizaremos a lo largo de la tesis, ya que el examen de la “presunción *pater is est*” coloca en juego derechos fundamentales del mismo rango, del hijo, del padre, del marido de la madre y de la madre propiamente. Por ello es necesario conocer las categorías de resolución de conflictos que la doctrina y la jurisprudencia aplican.

1.8.1 Reglas y principios

En el derecho constitucional, las normas de este campo del derecho se distinguen en reglas y principios. Esta distinción resulta relevante desde el punto de vista de la teoría del derecho, pues como señala Zagrebelsky, “por lo general, las normas

legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios”³⁹.

Sobre el punto, he recurrido a Alexy para definir a las mismas, en la medida que servirán de presupuesto para la conceptualización de los principios de interés superior del niño, unidad de la filiación, libre investigación de la paternidad y también para la resolución de conflictos entre los mismos.

Así, de acuerdo a Alexy, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”⁴⁰.

Por su parte, las reglas son normas que solamente pueden ser o no cumplidas. Es decir, si una norma es válida tiene que hacerse lo que ésta exige. Así, la subsunción que es el método de aplicación para las reglas⁴¹.

Y es que normalmente la aplicación de las reglas se asocia con la operación conocida como subsunción. Subsumir un caso individual en una regla general equivale a establecer que un determinado caso individual es una instancia de un

³⁹ Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid: Trotta, 1995, pág. 109. Sin embargo, esta distinción ha dado lugar a una gran polémica doctrinal e incluso hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia, como es el caso de L. Prieto Sanchís.

⁴⁰ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986] E. Garzón Valdés, trad., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-98

⁴¹ Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003.

caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada⁴².

Asimismo, como señala el propio Alexy, el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo⁴³.

Ahora bien, en relación a los derechos fundamentales, por lo general se definen también como principios en la medida que se convierten como mandatos de optimización que atañen al Estado; y son derechos en el sentido que se vinculan a la esfera subjetiva de un individuo.

1.8.2 La ponderación

Habiendo definido la existencia de reglas y principios, resulta adecuado establecer las pautas de resolución de conflictos cuando están involucrados dos principios. De hecho ello es relevante, en la medida que en nuestro estudio, el análisis del objeto de protección de la presunción “*pater is est*” puede conllevar a toparnos con colisiones entre principios -derechos fundamentales- y para ello es necesario que pueda resolverse conforme a los criterios planteados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

⁴² Alexy, Robert. Ob. Cit. pp. 81-98

⁴³ Alexy, Robert: *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa*, nº 5, 1988, p. 140

En la teoría jurídica contemporánea la concepción más articulada de la ponderación, es decir, de la técnica consistente en resolver la colisión entre principios que establecen derechos, es la de Robert Alexy.

Así, Alexy y Bernal Pulido –colombiano que suscribe la tesis del primero- señalan que la ponderación es el método de aplicación de los principios, en contraposición con el de las reglas, que se resuelve por medio de la validez del derecho y la configuración de antinomias. Los conflictos entre reglas cuando generan antinomias se resuelven por los criterios típicos como los de jerarquía, temporalidad y especialidad.

A diferencia de estas, a decir de Bernal Pulido que citando a Dworkin indica que *“los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto (...)”*⁴⁴.

En esos términos, la *“ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. De esta forma, la esencia de la ponderación supone que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁴⁵.

⁴⁴ Bernal Pulido, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel, p. 87.

⁴⁵ Alexy, Robert. Op Cit, p. 84

Conviene señalar que el presupuesto de la ponderación implica establecer determinado peso a los principios en colisión, lo que no significa que en la resolución de un caso en concreto uno prime sobre otro, sólo será aplicable únicamente en dicho contexto. Asimismo, conviene indicar que cuando un principio cede frente a otro, ello no significa que el primero resulta inválido, sino que en determinadas circunstancias, uno precede al otro⁴⁶.

También Zagrebelsky sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad⁴⁷.

Partiendo de dicha noción, podemos ahora definir los pasos de la ponderación. Ella en concreto se aplica teniendo en cuenta lo siguiente⁴⁸:

Paso 1: definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

Paso 2: definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

Paso 3: definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

⁴⁶ Moreso, José Juan. *Alexy y la aritmética de la ponderación*. en: Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 63

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 124 y 125.

⁴⁸ Alexy, Robert. "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", Carlos Bernal Pulido, trad., *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, Madrid, 2002, p. 32.

1.9 Límites a los derechos: test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es utilizado para controlar los límites constitucionalmente permitidos en la intervención de los derechos fundamentales por parte del legislador (en el control de la constitucionalidad de la Ley) o de la Administración.

De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, el jurista Bernal Pulido ha definido los pasos de dicho test de la siguiente manera:

1.9.1 Subprincipio de necesidad

Para que una intervención en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

Se trata, entonces, “de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”.

1.9.2 Subprincipio de idoneidad

Toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada.

1.9.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

La intervención en los derechos fundamentales supone que *“el grado de realización del objetivo de la injerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental”*.

En el ordenamiento peruano, el TC, máximo intérprete de la Constitución, ha tomado el test de proporcionalidad en diversos casos para resolver conflictos entre derechos y para determinar si la limitación al contenido de un derecho fundamental resulta constitucional o no.

1.10 Límites al principio-derecho de igualdad: Test de Igualdad

Este test es una especie de test de proporcionalidad con algunos elementos agregados que los distinguen del primero. En un principio, el TC ha aplicado el test de proporcionalidad para definir la vulneración del derecho-principio de igualdad ante la ley, adoptando la posición asumida por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), indicando que el test de proporcionalidad “es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad.

Dicho test se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2° subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*”⁴⁹.

Sin embargo, como lo verifica Torres Zúñiga, “en un segundo momento, a partir de la sentencia recaída en el Exp. N° 0045-2004-AI/TC, en la sentencia recaída en los Exp. N° 0025-2005-PI/TC y Exp. N° 0026-2005-PI/TC (PROFA) y en la sentencia recaída en el Exp. N° 0004-2006-PI/TC (ley 28665, Ley de organización y funciones de la justicia militar), el TC ha configurado un test de igualdad distinto al planteado en el caso mencionado anteriormente”, integrando al test de proporcionalidad antes empleado, tres escrutinios previos.

Torres Zúñiga da cuenta de estos pasos de la siguiente manera:

1. “Identificación de la *intervención* en el derecho a la igualdad, que consiste en verificar si la medida legislativa acusada de arbitraria es distinta de la igual al supuesto de hecho que sirve como término de comparación⁵⁰.
2. Identificación de la *intensidad* de la intervención: grave, media o débil”.

Así, explica que “de acuerdo al TC una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional”.⁵¹

⁴⁹ STC, expediente N° 0048-2004-AI/TC, publicada el 01/04/2005, FJ. 65

⁵⁰ STC, expediente N° 0025-2005-PI/TC y expediente N° 0026-2005-PI/TC, FJ. 69

⁵¹ Torres Zúñiga, Natalia. “Igualdad ante la ley. Distinción entre igualdad en el contenido de la ley y la aplicación de la ley. Gaceta Constitucional. Marzo 2009.

En concreto, los motivos prohibidos por la Constitución serían los que se establecen en el artículo 2, inciso 2, es decir, por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Por otra parte, “una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o **goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo**”.

En este punto quizás sea necesario establecer una distinción entre la intervención media y la grave. Esta diferencia se basa en que la “media” necesariamente está vinculada al contenido legal de un derecho, es decir no se afecta un derecho constitucional necesariamente, mientras que la grave sí.

De otro lado, la intervención grave parte del presupuesto que la diferencia o distinción introducida por una norma no goza de la presunción de constitucionalidad, sino que se presume que es discriminatoria y por ende inconstitucional, con lo cual se hace necesario probar al demandado que la misma no genera tal afectación al mandato del artículo 2.2. La carga de la argumentación se invierte, y es el Estado quien debe probar por qué no es discriminatoria la medida o norma en cuestión.

Igualmente, el examen de intensidad media o escrutinio medio, se encuentra vinculado al examen de las acciones afirmativas. Bernal Pulido señala que este examen se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos

tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real⁵².

Al respecto, la Corte Colombiana ha señalado que conforme al escrutinio medio, la diferenciación es legítima siempre que *el trato diferente esté ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante*". Es decir, (1) que el objetivo del trato diferente sea "*importante*" y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad "*sustantiva*", o en otros términos, "*que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial*"⁵³.

Ahora bien, luego del comentario al tipo de intensidad con el que puede realizarse el test de igualdad, el órgano aplicador del derecho pasa a realizar un examen de proporcionalidad conforme a los 3 pasos que han sido ya definidos: el examen de necesidad, el examen de idoneidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

⁵² Bernal Pulido, Carlos. *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, disponible en: <http://190.41.250.173/rj/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>, revisado el 15.03-10.

⁵³ Idem

CAPITULO 2

LA FILIACIÓN COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En este capítulo abordaré, de manera más concreta, algunos principios y derechos que influyen en el derecho de familia del siglo XXI tales como: la igualdad que se traduce en la igualdad entre los hijos, la unidad de la filiación, la protección integral de los derechos del niño, la verdad biológica, entre otros. Todos estos tienen repercusión directa en el instituto de la filiación, regulado en el libro de familia del Código Civil de 1984.

2.1 Concepto de Filiación

Planiol y Rippert indican que la filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra, es decir, establece una relación inmediata entre el padre o la madre y el hijo⁵⁴. Igualmente, Puig Peña señala que la filiación es el nombre jurídico que se brinda a la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra⁵⁵.

⁵⁴ Planiol y Rippert. *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana: Cultural, tomo II, 1927-1945.

⁵⁵ Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil español, tomo 2, volumen 2*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 5.

Por su parte, Zannoni indica que la filiación “sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y maternidad, que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”⁵⁶. Asimismo, el derecho de la filiación, establece el autor, “regula el conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno-materno filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia”⁵⁷.

De otro lado, en la doctrina nacional, Varsi Rospigliosi señala que “la filiación es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes, y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos”⁵⁸.

En el mismo sentido, Alex Plácido señala que la “filiación en términos amplios puede significar descendencia en línea directa, pero en términos jurídicos tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo”⁵⁹.

De estas definiciones, podemos señalar que⁶⁰:

- a. La filiación se basa fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en un hecho natural. No hay filiación sin un hecho natural de filiación preexistente.
- b. La filiación es un estado, ya que frente al orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un “estado”, es decir, una especial posición ante el

⁵⁶ Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*, tomo 2, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palman, 3era edición, 1998, p. 307

⁵⁷ Ibidem, p. 307

⁵⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique y Siverino Bavio, Paula. *Determinación de la paternidad matrimonial*, en: Código Civil Comentado, tomo II, derecho de familia, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 660.

⁵⁹ Plácido, Alex. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p.

⁶⁰ Puig Peña, Federico. Op. Cit, pp. 6 y 7

orden jurídico, que genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante.

- c. La filiación supone siempre una investidura legal, en la medida que es el derecho el que determina o declara el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación.

Ahora bien, la mayoría de estudios que hemos revisado sobre el tema realiza un examen particularizado de la filiación y la tipología en que se divide. Desde Planiol y Ripert, Puig Peña, Borda y nuestra doctrina nacional podemos observar cómo el derecho comparado establece un cuadro legal de filiaciones.

En efecto, Alex Plácido señala que el modelo de codificación civil decimonónica consagró, conforme a sus inmediatos precedentes históricos, una clasificación de las relaciones de filiación legítima e ilegítima, según procedieran del matrimonio o fuera del mismo. A su vez, la filiación ilegítima se divide en natural y no natural⁶¹.

La filiación no natural comprendía a la espuria o adulterina, la incestuosa –la habida entre ascendiente y descendiente- y la mancillada –la habida con ramera pública-. Esta clasificación, tomada del Código de Napoleón, se incorporó al ordenamiento peruano en 1852 y se siguió en parte hasta el código civil de 1936⁶².

Ahora bien, estas distintas clases de filiación generaban situaciones jurídicas muy distintas, en cuanto a los derechos de los hijos legítimos e ilegítimos. En efecto, ello

⁶¹ Plácido, Alex. Op. Cit., p. 45

⁶² Ibidem, p. 47. El art. 299º del Código civil de 1936, establece que "El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido". "Son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio"(art. 348º del Código civil).

se vislumbraba en los efectos respecto del nombre, alimentos y derechos sucesorios, pues, mientras los legítimos tenían la plenitud de los mismos, los naturales los tenían más reducidos y los no naturales sólo alcanzaban el derecho de alimentos restringido⁶³.

En el Perú, esta situación cambió con la Constitución de 1979 que estableció la igualdad de los derechos de los hijos ante sus padres. En efecto, en el párrafo final de su artículo 6, estableció que “Todos los hijos tienen iguales derechos” e igualmente prohibió “toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Ya en el Código Civil de 1984 se estableció claramente el principio de igualdad de las filiaciones⁶⁴. En efecto, al amparo de este principio se suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima, y la derogación de la “legitimación” por subsiguiente matrimonio de los progenitores o por declaración judicial⁶⁵.

En la actualidad, la filiación se clasifica en filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción. El reconocimiento legal del vínculo entre padre e hijo genera los mismos derechos para los hijos, independientemente de la filiación de que se trate.

Sin embargo, esta clasificación tiene una razón de ser en el hecho que el Estado promueve el matrimonio y genera a partir de este suceso consecuencias para la esfera de derechos de los cónyuges. Así, el matrimonio es un presupuesto para el

⁶³ Ibidem, p. 47

⁶⁴ Ibidem, p. 48

⁶⁵ Ibidem, p. 57

establecimiento de la presunción de paternidad matrimonial, o presunción “*pater is est*”, objeto de nuestro estudio.

En el código civil de 1984, la filiación matrimonial suscita diversas acciones que se dividen entre las de contestación y reclamación. Las acciones de contestación son las de negación o desconocimiento de paternidad, impugnación de la paternidad e impugnación de la maternidad.

En relación a la diferencia entre la acción de negación de paternidad y la impugnación de paternidad, Cornejo Chávez indica que la primera se funda en que el hijo ha nacido antes de cumplidos los 180 días desde la celebración del matrimonio, mientras que la segunda se sustenta en el hecho que el hijo ha nacido luego de este periodo. De otro lado, existe diferencia en razón de la probanza, ya que mientras en el primer caso la carga de la prueba recae sobre el hijo y la madre, en el segundo caso es el marido quien debe probar la ausencia de paternidad.

Para Cornejo Chávez, el ordenamiento peruano admite las dos posibilidades, ya que si bien en el artículo 361 del código civil se establece que son hijos matrimoniales, es decir que tienen por padre al marido, los nacidos dentro del matrimonio o los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, sin aparente distinción⁶⁶, en el artículo 363 del código civil se impone entre las causales de desconocimiento el hecho que el hijo haya nacido antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

⁶⁶ Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano, Lima: Gaceta Jurídica, décima edición, 1999, pp. 378-379.

Para otros autores, sin embargo, no hay una bipartición entre acción de negación simple y acción de impugnación de la paternidad y engloban toda la discusión desde el punto de vista de la impugnación de la paternidad. De hecho, yo me adscribo a esta segunda posición, ya que al momento de abordar la presunción pater is est como objeto de estudio asumiremos que en todo momento se aplica tal presunción, conforme lo señala el artículo 361, y que las causales del artículo 363 son de impugnación de la paternidad. Este tema será objeto de estudio en el capítulo 3.

De otro lado, la impugnación de la maternidad matrimonial también se encuentra regulada en el código civil. Sobre el punto, se indica que esta acción es de relevancia en la medida que involucra las otras posibles acciones de filiación. Si falta el vínculo con la madre, entonces también falta el del padre. Al respecto, el artículo 371 indica que la maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo y el 372 establece que el plazo para interponer la acción es de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. Sus herederos o ascendientes sólo pueden continuar el juicio si aquélla lo dejó iniciado. La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre.

En relación a la acción de reclamación de filiación matrimonial, el hijo es el legitimado para pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos. Dice Cornejo Chávez que en estos casos el supuesto más frecuente es el de un hijo matrimonial que no tiene título ni posesión de estado, o sólo posee este último, o de

acuerdo a Puig Peña, porque el hijo ha sido inscrito como de otro matrimonio, como hijo de padres desconocidos, etc⁶⁷.

En relación a la filiación extramatrimonial, Cornejo indica que mientras en el caso del hijo matrimonial el emplazamiento de estado surge del hecho del matrimonio de los padres y de presunciones legales en cuanto a los mínimos y máximos de la gestación, en el caso de esta filiación no existen tales factores y por ende el emplazamiento se logra por medio del reconocimiento voluntario o por la investigación judicial de la paternidad y la maternidad⁶⁸.

Sobre el reconocimiento, éste es un acto de voluntad facultativo, personalísimo e individual que no está sometido a ninguna condición. Asimismo, el reconocimiento en el derecho peruano es un acto irrevocable.

Es un acto personalísimo porque no admite que alguien distinto al progenitor realice el reconocimiento, salvo determinadas excepciones. De otro lado, es voluntario o facultativo, aun cuando la madre esté autorizada para señalar al padre sin la intervención de éste, ya que se pretende que el niño goce de una identidad propia, que no derive únicamente de la madre.

En el código civil se estipulan diversos dispositivos en torno al reconocimiento. Al respecto, se indica que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno sólo de ellos.

⁶⁷ Ibidem, pp. 390-391

⁶⁸ Ibidem, p. 439

Igualmente, se indica que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se encuentren privados de discernimiento o en el caso que el padre o la madre sean sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable o cuando el padre o la madre se encuentran desaparecidos.

También cuando los padres sean menores de catorce años; en este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo. En el mismo sentido, el código civil indica que puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.

La filiación extramatrimonial, además da lugar a las acciones de reclamación y de impugnación, ya que se sostiene en el principio de investigación de la paternidad.

En relación a la impugnación del acto de reconocimiento, el artículo 399 del código civil señala que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395. En ese sentido, señala Cornejo Chávez que se excluye al propio padre reconociente, ya que el acto de reconocimiento es irrevocable⁶⁹.

De hecho, la doctrina señala que pueden impugnar el reconocimiento, el padre reconociente -aunque esto es cuestionable y según Cornejo Chávez la legislación peruana lo impide-, sin embargo, sería posible que el reconociente impugne el

⁶⁹ Ibidem, p. 470

reconocimiento alegando vicios de voluntad; el padre incapaz en cuyo nombre el abuelo otorgó el reconocimiento, el verdadero padre o madre; el otro padre, el propio hijo reconocido, entre otros⁷⁰.

Sobre la acción de reclamación de paternidad, el Código Civil plantea una serie de supuestos en los que procedería la apertura de la investigación judicial de paternidad.

Así, el artículo 402 ha señalado 6 tipos de casos en los que procede la declaración judicial de paternidad:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

⁷⁰ Ibidem, pp. 468-469

5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Los primeros 5 incisos se pueden calificar como situaciones que permiten abrir el debate y prueba sobre el hecho de la procreación, de modo que no basta que se den los supuestos sino que también es necesario probar. En otras palabras, no se trata de presunciones legales que imponen automáticamente la declaración de dicha paternidad.

Sin embargo, en mi opinión, resultan obsoletos los cinco primeros supuestos en relación al sexto supuesto, ya que éste otorga a la prueba biológica una fuerza y validez que supera los tipos antes mencionados. De hecho, el artículo 402, inciso 6

establece que el juez puede desestimar los cinco primeros supuestos frente a la prueba genética.

En efecto, esta fue una innovación de la ley N° 27048 del año 1999. Según Varsi, esta ley respondió a la necesidad de actualizar las leyes en materia “procreática y genómica”, las que permiten establecer un vínculo biológico entre progenitor e hijo de manera indubitable⁷¹.

En concreto, la norma en mención introdujo en la legislación nacional la prueba del y otras de igual validez científica, con mayor amplitud y valor probatorio que la de los grupos sanguíneos, reconocida en el artículo 413 del Código Civil. Ésta estaba limitada en su aplicación a la filiación extramatrimonial dirigida, por su carácter negativo, a desvirtuar las cinco causales de paternidad tipificadas por el artículo 402 del Código Civil y las dos causales de maternidad del artículo 409 del mismo código⁷².

⁷¹ Varsi Rospigliosi, Enrique. El proceso de filiación extramatrimonial, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p.16.

⁷² El artículo 413, a iniciativa del ponente del Libro de Familia, Dr. Héctor Cornejo Chávez, introdujo la prueba negativa de los grupos sanguíneos, dejando abierta la posibilidad para la utilización de otros medios probatorios de validez científica.

El Dr. Cornejo Chávez fundamenta su iniciativa en que el progreso de la ciencia, mediante la prueba de sangre, permite llegar a conclusiones tan inequívocas como las de cualesquiera otras pericias, pero el estado actual del conocimiento científico aún no es capaz de determinar mediante el análisis sanguíneo la paternidad o maternidad desde un punto de vista positivo o afirmativo, esto es, que uno es hijo de otro, pero sí está en condiciones de probar con certeza la no paternidad, o la no maternidad, desde un punto de vista negativo.

Entonces, si se trata de una prueba negativa de la paternidad o maternidad extramatrimoniales, el análisis de los grupos sanguíneos constituye un medio de defensa que la ley otorga a favor del demandado para demostrar que no es el padre ni la madre, lo que se podría alegar aun en el supuesto de que se acredite que el demandado tuvo relaciones sexuales con la madre del hijo que se le atribuye. Lo prescrito en la segunda parte del Art. 413 del C.C. de 1984, de autorizar la actuación de la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante, no le hace perder su carácter de prueba negativa, por cuanto su aplicación se limita a que haya pluralidad en la comisión de los ilícitos de violación, rapto o retención violenta de la mujer en la época de la concepción, en cuyo supuesto sólo se le podría atribuir la paternidad del hijo a uno de los coautores del delito, o codemandados, si la prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás.

Esta ley otorgó al ADN los caracteres de prueba realmente privilegiada, ya que irrumpió en las áreas de ambas filiaciones para acreditarlas o para desvirtuarlas. Para algún sector de la doctrina los exámenes científicos no serían simples medios probatorios orientados a demostrar los causales materia de los artículos 363, 371, 402 y 409 del Código Civil, sino que se constituyen como una nueva causal, o presunción, de comprobación o de negación, de una u otra filiación, con inevitable tendencia para sustituir o hacer ineficaces las causales materia de las disposiciones antes mencionadas.

Asimismo, en relación al proceso de filiación extramatrimonial, la ley N° 28457 del año 2005 ha modificado el proceso con la finalidad de asegurar el derecho del niño a tener una filiación, a gozar del nombre y de una identidad definida -al menos en relación al inciso 6 del artículo 402-.

De esta forma, se otorgó competencia a los juzgados de paz letrados para conocer las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil, es decir puede resolver casos en los que se acredite el vínculo parental por medio de las pruebas genéticas o científicas mencionadas.

Sobre el punto, Varsi Rospigliosi indica que este es un proceso ex code, no tratado en el Código Procesal Civil, ya que ninguno de los procesos del Código cumplían con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN⁷³.

⁷³ Ibidem, p. 23

El mismo autor cita un párrafo del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, en el que se acordó por unanimidad:

PRIMERO.- En tanto la Ley N° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402 del C.C., *es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil ...* (las cursivas son nuestras).

Asimismo, otra modificación que introduce la ley es el hecho de la legitimación para interponer un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial. Al respecto, mientras el artículo 407 establece que es al hijo a quien corresponde de manera exclusiva la acción judicial de paternidad extramatrimonial, y es la madre quien puede accionar en su representación; la ley 28457 establece en el artículo 1 -al menos en lo que se refiere al inciso 6 del artículo 402- que cualquiera que tenga interés legítimo puede solicitar una declaración judicial de paternidad.

Ahora bien, este proceso representa un cambio significativo en la medida que se busca tutelar ante todo la identidad del niño y acelerar el proceso de filiación. De hecho, la carga de la prueba se invierte y es el padre quien debe probar la inexistencia de un vínculo biológico, con la posibilidad que ante su negativa de realizarse un examen genético se declare la paternidad respecto del niño. En ese sentido, la negativa se establece como una presunción a favor del hijo.

De otro lado, recientemente, en marzo del 2010, el Congreso aprobó una modificación de la ley N° 28457 que establece que los demandados en juicios por filiación de paternidad extramatrimonial pagarán los costos de la prueba biológica de ADN y en caso se rehúsen, el juez declarará la paternidad buscando así garantizar una paternidad responsable.

Esta modificación me parece relevante, ya que busca proteger el interés del niño en medio del proceso de reclamación de filiación extramatrimonial. Y es que en muchos casos la prueba de ADN se hace impracticable por falta de recursos económicos de la madre o del hijo. De hecho, esta es una medida tuitiva que va de la mano con el principio constitucional de protección integral de los niños⁷⁴.

⁷⁴ El Pleno del Congreso de la República del 17 de marzo del 2010 aprobó por mayoría el dictamen de la Ley que modifica el artículo 2º de la Ley N° 28457, Ley que Regula el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. La autógrafa establece lo siguiente:

el Artículo 1º señala: Modifíquese el artículo 2º de la Ley N° 28457, en los siguientes términos: “La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes, en caso contrario, el Juez debe rechazarlo de plano.

Se determina que el costo de la prueba será abonado por el padre demandado en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179º y siguiente del Código Procesal Civil. La prueba biológica del ADN será realizada con muestras del padre, madre y el hijo.

La norma señala que si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con realizarse la prueba de ADN, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Además, se sostiene que por el sólo mérito del resultado de la prueba biológica de ADN, y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 3º y 4º de la Ley N° 28457, el Juez resolverá la causa.

Para los efectos de la presente Ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265º del Código Procesal Civil.

Artículo 2º.- Aplicación en procesos en trámite. La presente Ley se aplicará incluso en los procesos en trámite.

En líneas generales, esta es la configuración actual de la filiación en el Perú, aunque hemos dejado de lado las referencias a la adopción, creemos que el punto central de las diferencias se expresa entre la matrimonial y la extramatrimonial.

En esta situación se admite una reevaluación y reconsideración de lo establecido legalmente en torno a la investigación de la paternidad, los medios probatorios, las causales de impugnación de paternidad matrimonial, los casos que admiten una reclamación matrimonial entre otros temas a la luz de la igualdad y otros principios de derecho constitucional que influyen el derecho de familia.

2.2 La filiación en el derecho comparado

Es conveniente abordar algunos ejemplos de filiación en el derecho comparado con la finalidad de conocer la manera en que esta ha sido configurada y cuáles son las tendencias para su tratamiento.

De hecho, esto nos permitirá examinar cómo es que el derecho debe actualizarse y adecuarse a la perspectiva que irradia la doctrina del derecho humanitario, con especial atención y cuidado al nuevo paradigma constitucional familiar⁷⁵.

He escogido como casos a examinar Argentina, Brasil y Costa Rica. La selección ha sido aleatoria y por el mayor acceso a la información que he podido tener en relación a estos casos. Sin embargo, en todos estos se demuestra la evolución del tratamiento legal de la filiación, la influencia del derecho constitucional y los tratados

⁷⁵ Lloveras, Nora. *La Filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y el Perú, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007, p. 39.

internacionales en la legislación, y las restricciones aun vigentes en la investigación de la paternidad del hijo matrimonial, o mejor dicho de la acción de impugnación de la filiación matrimonial.

Ahora bien, los casos que estudiaremos distinguen la filiación al menos entre filiación matrimonial y extramatrimonial. No obstante ello, Cornejo Chávez indica que la tendencia de reducir la distancia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se hace más patente en el caso de la Constitución Cubana, el Código Civil Cubano, la Constitución Española y el Código Boliviano de Familia, ya que éstos eliminan toda distinción sobre el punto⁷⁶.

2.2.1 Argentina

En Argentina, la Constitución de 1994 instauró un paradigma distinto para el derecho de familia en los institutos de la filiación, la patria potestad, entre otros; los mismos que se han erigido en pautas interpretativas e inciden directamente en su regulación legal⁷⁷. De hecho, Lloveras indica que en orden a la filiación, esto implica la observancia del principio de transparencia para la determinación de la misma, así como el respeto del derecho a la identidad⁷⁸.

Así, la entrada en vigencia de esta carta constitucional ha dotado a los tratados de derechos humanos el rango de norma constitucional. De hecho, el artículo 75, inciso 22 indica que “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la

⁷⁶ Cornejo Chávez, Héctor. *Op. Cit.*, p. 357.

⁷⁷ Gil Domínguez, Andrés y otros, *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 2006, p. 40

⁷⁸ Lloveras, Nora. *Op. Cit.*, p. 38

Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; **la Convención sobre los Derechos del Niño**; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)."

De hecho, Lloveras indica que a la luz del paradigma constitucional los principios que rigen la filiación del derecho argentino son los de igualdad, unidad de la filiación, verdad biológica, interés superior del niño y el derecho a la identidad, así como el de protección de la familia en la medida que existen restricciones en la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial⁷⁹.

En ese contexto, en el derecho argentino la legislación civil, en las últimas décadas ha pasado de considerar o distinguir a los hijos legítimos e ilegítimos –naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos- a la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, suprimiendo las categorías antes mencionadas.

A diferencia de la primera distinción donde los hijos ilegítimos tenían derechos limitados en el caso del hijo natural, o eran ignorados por el derecho en el caso de

⁷⁹ Ibidem, pp. 45-51.

los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, pues tenían prohibido investigar la paternidad o maternidad, en la actualidad el sistema filiatorio argentino iguala a los hijos, elimina todo tipo de distinción y discriminación, suprimiendo las desigualdades jurídicas y genera un régimen de acciones sin obstáculos severos –aunque ello no es así en el caso de la filiación matrimonial-.

En concreto, esta distinción sufrió una variación cuando la Ley 10.903, que fue derogada por la innovadora ley 26.061 de protección integral de las niñas, niños y adolescentes y ésta consideró incorporar a los llamados hijos naturales (aquellos concebidos fuera del matrimonio) como sujetos de la patria potestad. Otra norma importante resultó la ley 14.367 del año 1954 que prohíbe la mención del estado civil de los padres, haciendo más equitativa la relación entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, eliminando la prohibición de investigación de la paternidad o maternidad (de la mujer soltera) y atribuyendo derechos sucesorios.

En relación a la filiación matrimonial, el Código Civil Argentino establece una presunción iuris tantum. Así, señala que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos.

Contrario Sensu, establece el Código que no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

La filiación matrimonial da lugar a la acción de reclamación e impugnación de la paternidad. Respecto a la acción de reclamación, el Código Civil indica que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre.

En relación a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, se establece la acción de paternidad rigurosa, la acción de impugnación preventiva y la acción de negación simple de paternidad matrimonial.

En relación a la impugnación de paternidad rigurosa, el artículo 259 reconoce al marido y al hijo la legitimidad para contestar la paternidad. El fundamento de la contestación de paternidad se sustenta en el hecho que conforme al artículo 244 del Código Civil, las presunciones establecidas admiten prueba en contrario.

De hecho, el marido puede interponer la demanda de impugnación alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre.

En relación al plazo para interponer la demanda de contestación de paternidad, el código civil ha señalado respecto del hijo que éste podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

En el caso del marido, el plazo para interponer la demanda caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. Sobre el plazo, un fallo de la Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba ha señalado que el mismo es inconstitucional ya que afectaría el derecho a la tutela procesal efectiva. De hecho, ha indicado lo siguiente:

La sentencia relacionada, advierte en primer lugar, que las limitaciones impiden al actor el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad lo cual en el contexto de la normativa legal resulta arbitrario e importa una restricción al derecho de acceso a la justicia. Corroborando estos argumentos, el tribunal razona expresando que el ejercicio de las facultades reconocidas por el derecho de familia supone, en primer lugar, el respeto de la libertad. Pero se señala que tal ejercicio de la libertad no puede ser absoluto y admite límites razonables. Sin embargo, se razona que en el caso concreto en análisis las restricciones apriorísticas y abstractas impuestas por la ley sustancial y la creación arbitraria de obstáculos procesales para ejercer derechos fundamentales importa efectivamente una restricción al fundamental derecho de acceso a la justicia. Tal el límite temporal para la acción negatoria impuesta por el art. 259 del Cód. Civil. En efecto, en el caso sometido a decisión el plazo legal impuesto en la ley configura una barrera que impide sin fundamento legal prevaleciente el ejercicio de un derecho trascendente. Se señala que la ley sustancial a veces impone limitaciones que en algunos casos son razonables pero en otros generan obstáculos procesales que impiden el ejercicio de derechos fundamentales.

En concreto, la mención a esta sentencia tiene por finalidad dar cuenta de la disconformidad de algunos sectores con el plazo para la impugnación establecido en la ley. Luego, el artículo 259 también ha sido considerado inconstitucional porque excluye a determinados sujetos de la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial, pero este punto será objeto de análisis en el siguiente capítulo. El objeto de este comentario es mencionar cómo es que las instituciones del derecho de familia están en constante adecuación y confrontación con el derecho constitucional.

Ahora bien, el artículo 259 también establece que en caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido.

Asimismo, el Código Civil argentino plantea la existencia de una acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial. Al respecto, el artículo 258 señala que antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer.

En relación a la acción de negación de paternidad, el artículo 260 establece que ésta podrá ser planteada para negar la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o

tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el art. 258.

En relación al plazo para interponer la acción de negación de la paternidad del marido rige el término de caducidad de un año.

Sobre la filiación extramatrimonial, el Código Civil argentino en el artículo 247 plantea que ésta queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal. En este último caso, la filiación extramatrimonial da lugar a acciones de reclamación e impugnación de la paternidad o maternidad.

Al respecto, los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

Respecto a la impugnación del reconocimiento de los hijos concebidos fuera del matrimonio, ésta puede ser iniciada por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. Así, el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Igualmente, los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento (artículo 263).

2.2.2 Brasil

En el ordenamiento brasileiro, la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1988, el Código Civil del 2002, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 y la ley 8560 de 1992. El régimen de filiación se estructura en dos clases: filiación matrimonial y extramatrimonial – antes legítima e ilegítima- que admite que los hijos nacidos de ambas situaciones, así como los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos.

De hecho, la Constitución de 1988 señala en el artículo 227 el principio de igualdad de los hijos y consagra en el artículo 5 el principio de igualdad ante la ley sin distinción alguna.

Asimismo, el derecho de familia y la filiación en específico encuentran en los tratados de derecho internacional ratificados por Brasil un parámetro de rango equiparable al constitucional que irradia todas las instituciones que tienen una identidad material con los mismos. La enmienda 45 del año 2004, estableció que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, ya que su ingreso al ordenamiento interno tiene el mismo valor de la reforma de la Constitución.

LLoveras da cuenta de los principios constitucionales atinentes a la filiación. Entre ellos se encuentran la igualdad de los hijos, el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a pertenecer a una familia y el derecho a establecer una filiación⁸⁰.

⁸⁰ Ibidem, p. 127

En el mismo sentido, la legislación del año 2002 da cuenta de principios relevantes que emergen de la filiación. Así, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia a la igualdad de las filiaciones, y por otro lado, del Estatuto del Niño y del Adolescente se desprende la vinculación del derecho a la identidad (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el principio de verdad biológica (artículo 10).

Asimismo, conviene mencionar que en el derecho brasileiro, el régimen de determinación de la filiación matrimonial se basa en la presunción “pater is est” que se sustenta en el vínculo existente entre los cónyuges. Así, los hijos nacidos después de los 180 días del inicio de la unión conyugal y hasta los 300 días después de la disolución del matrimonio se presumen del marido, los habidos de fecundación artificial homóloga, aunque hubiere fallecido el marido y los habidos en cualquier momento, cuando se trata de embriones excedentes, provenientes de concepción artificial homóloga y los habidos por inseminación artificial heteróloga, desde que cuente con la autorización del marido.

La presunción “pater is est” es iuris tantum. Así, la presunción de paternidad cesa de acuerdo a los artículos 1599, 1600 y 1602 del código civil y los supuestos son los siguientes: a. La impotencia del marido en la época de la concepción, b. el adulterio de la mujer, aunque este debe ir acompañado de otras pruebas que excluyan la paternidad matrimonial y c. El valor de la confesión de la esposa, aunque ello no es suficiente.

La filiación matrimonial da origen a dos acciones: reclamación de la filiación y la impugnación de la paternidad matrimonial. En relación a la acción de reclamación, el ordenamiento brasileiro reconoce al hijo la legitimación mientras viva y a los

herederos de éste cuando el hijo hubiera fallecido siendo menor o incapaz o cuando habiendo sido iniciada por el hijo, los herederos pueden continuar el proceso.

Sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, la legislación establece como legitimado al marido y a sus herederos cuando éste hubiera muerto (artículo 1606 del CC.) y hubiera iniciado en vida el proceso de contestación. Respecto al resto de legitimados, la legislación guarda silencio, así hay un vacío en torno a la legitimidad del hijo, la madre y el padre biológico.

De otro lado, la filiación extramatrimonial se guía por el reconocimiento del padre, es decir, por el acto solemne y público por el cual una persona declara que determinada persona es su hijo. Así, en la doctrina brasilera existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial.

En el marco de la filiación extramatrimonial, se reconoce la acción de investigación de la paternidad y la maternidad. En relación al reconocimiento judicial, el Código Civil de 2002 establece en el artículo 1615 que la legitimación activa para interponer la demanda de reclamación de paternidad o maternidad extramatrimonial corresponde al hijo y sus herederos, conforme al artículo 1606 que regula la acción de reclamación del hijo matrimonial. Asimismo, el 1615 del Código Civil establece que cualquiera que tenga interés legítimo puede contestar o impugnar la paternidad o maternidad extramatrimonial.

Asimismo, podemos hablar de la existencia de un procedimiento de investigación oficiosa de la paternidad. La ley 8560, del 29 de diciembre del 1992, regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales estableciendo

que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación.

“O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recuse ao reconhecimento voluntário. Efetua-se por declaração da mãe ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação”⁸¹.

En este tipo de proceso, la legitimación en la investigación de la paternidad extramatrimonial en el ordenamiento brasileiro es amplia en la medida que se extiende no solo al hijo y a sus herederos, sino a todos los que tienen un interés legítimo en ella.

El procedimiento en este caso se inicia cuando el oficial del Registro Civil detecta una partida de nacimiento en la que no hay una paternidad determinada y envía una copia al juez con los datos del presunto padre. Luego, el juez fija una audiencia para oír a la madre y debe notificar al presunto padre para que brinde su manifestación, y en dicha oportunidad el padre podrá aceptar la paternidad con lo que el proceso concluye, o en caso de no asistir o negar la paternidad el juez informará al Ministerio Público para que se inicie la acción de investigación de la paternidad.

⁸¹ Varsi Rospigliosi, Enrique. El proceso de filiación extramatrimonial, Op. Cit., p. 124.

De esta forma, existen entonces dos ordenamientos sobre la legitimación para la investigación de la paternidad extramatrimonial. El del código civil, que restringe la legitimación a los hijos y sus herederos y el régimen de la ley 8560/1992 que contempla una legitimación amplia para todo aquel que tenga un interés legítimo.

De otro lado, de acuerdo a Lloveras, en el ordenamiento brasileiro, la acción de impugnación de la maternidad se aplica por igual a la filiación matrimonial y extramatrimonial⁸².

2.2.3 Costa Rica

En Costa Rica, la filiación tiene un régimen compuesto por la Constitución de 1949 y los tratados de derechos humanos que poseen rango constitucional tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación pertinente como el Código de Familia, la ley de Paternidad Responsable así como el Código de Niñez y Adolescencia, y muy pocas normas del Código Civil, entre otras.

Ahora bien, los tratados conforme a las sentencias N° 3435-92 y su aclaración N° 5759-93 tienen rango por encima de la Constitución. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema indicó que *“los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”*.

⁸² Lloveras, Ana. Op. Cit., p. 164

En el mismo sentido, en la sentencia N° 2002-10693 del año 2002, la Sala Constitucional reiteró que, “ocurriendo a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente estos deben ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en esta materia (...)”.

Ahora bien, la Constitución de Costa Rica establece en el artículo 53 que los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él y en el artículo 54 que se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

Asimismo, son aplicables al ordenamiento costarricense el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

A la luz de este bloque normativo, los principios que emergen de la filiación en el derecho costarricense son los de igualdad de los hijos, la no discriminación, el derecho a la identidad y la indisponibilidad de la filiación.

En el derecho costarricense, la filiación se divide en filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción. En relación a la filiación matrimonial, esta se sustenta en la presunción “pater is est” que goza de una naturaleza iuris tantum.

De acuerdo al artículo 69 del Código de Familia, se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Igualmente, para el derecho costarricense se presumen hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración si es que el marido tuvo conocimiento *del embarazo de su mujer antes de casarse; si consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y si de cualquier modo lo admitió como tal.*

Ahora bien, la filiación matrimonial admite dos tipos de acción. La reclamación y la impugnación de la paternidad matrimonial. En relación a la reclamación de la paternidad matrimonial, o acción de vindicación el Código de familia indica en su artículo 76 que el derecho de los hijos para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible; a su vez, por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible.

Respecto a los herederos de los hijos, el artículo 77 indica que estos pueden continuar las acciones de vindicación pertinentes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría de edad, o si al entrar en ella estuviere incapacitado mentalmente y muriere en ese estado. La acción de los herederos prescribe en cuatro años, contados desde la muerte del hijo o nieto.

Sobre la acción de impugnación de paternidad matrimonial, la legitimación sólo está reconocida al marido o al apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, a sus herederos. Ahora bien, en contra de la presunción de paternidad, es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo (artículo 70).

En el mismo sentido, el Código de familia señala que el adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad (artículo 70).

Asimismo, la impugnación de la paternidad matrimonial de acuerdo al artículo 73 del Código de familia podrá intentarse por el marido en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Conviene señalar que este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador.

Además, el artículo 74 indica que si el marido muere antes de vencer el término en que puede desconocer al hijo, podrán sus herederos hacerlo. La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo.

La filiación extramatrimonial por su parte se basa en el reconocimiento, es decir, la declaración de voluntad del padre de la aceptación de la paternidad. Ahora bien, de acuerdo al derecho costarricense este tipo de filiación da lugar a la acción de reclamación de reconocimiento y a la acción de impugnación del reconocimiento.

En relación a la acción de reclamación, el derecho costarricense reconoce la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en sentido estricto, la acción preventiva de reclamación de filiación extramatrimonial y las acciones personales de la madre contra el padre.

El artículo 91 del Código de Familia señala que la acción de reclamación de filiación de paternidad y maternidad extramatrimonial es permitida al hijo y a sus descendientes. Ahora bien, de acuerdo al artículo 95 del Código en mención, la investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento.

De otro lado, el mismo dispositivo indica que si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años.

Sin embargo, en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriera después de vencidos los términos indicados.

Resulta relevante además mencionar que en el ordenamiento costarricense se admite la posibilidad que el hijo considerado como matrimonial, por encontrarse protegido por una presunción que no ha sido desvirtuada, sea reconocido por el padre biológico. Al respecto, el artículo 85 del Código de Familia indica que en un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o al hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69, de este Código o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero ese reconocimiento tendrá efecto solamente cuando la impugnación sea declarada con lugar.

Igualmente, tal dispositivo indica que también podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.

2.3 Principios de la filiación en el derecho peruano

2.3.1 Principio de igualdad

El principio – derecho de igualdad es la “principal piedra angular del constitucionalismo⁸³ que ha informado los principales cambios históricos, sociales y en consecuencia, normativos en el mundo occidental. Así, desde el siglo XVIII con las revoluciones que pretendieron dotar a los Estado Nación de una Carta Política que rija las relaciones entre el Estado y el ciudadano, como la Declaración de

⁸³ Rosenfeld, Michel. “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”. En: CARBONELL, Miguel (compilador). *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 69

Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, la Constitución de Norte América de 1787, el principio derecho de igualdad ha alumbrado los instrumentos normativos de los Estados Nación.

Sin embargo, su complejidad y eventual indeterminación ha obligado a comprender este derecho como uno que se verificará según las circunstancias en que se analice. Criterios diversos han tratado de resolver esta dificultad, sin embargo, podemos adoptar lo propuesto por Bobbio quien refiere que para determinar su significado, o si dos entes son iguales o no “es necesario especificar de qué entes se trata y respecto de qué cosas son iguales, o lo que es lo mismo, debe responderse a las preguntas: a) “*¿Igualdad entre quiénes?*”, y b) “*¿Igualdad en qué?*”⁸⁴

Al ser el principio – derecho de igualdad el vértice en el que confluyen todos los otros derechos, éste se expresa como un derecho de carácter relacional. En ese sentido, el TC ha establecido que: “la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensables para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales.

Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional (...) “funciona en la medida en que se encuentra conectada con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”⁸⁵.

⁸⁴ Bobbio, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993, pp.33 y ss

⁸⁵ STC, expediente N° 0261-2003-AA/TC, publicada el 26/04/2004, FJ.3.1, expediente N° 0018-2003-AI/TC, publicada el 4/05/2004, FJ. 2

2.3.2 La igualdad como principio constitucional

La igualdad en tanto principio es reconocida por nuestra Constitución Política de 1993, así como los tratados de derechos humanos que informan y conforman el denominado bloque de constitucionalidad. Al decir de Alexy, citado por Torres Zúñiga, “la igualdad debe ser entendida como un mandato de optimización, es decir como una norma que ordena que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”.

Este mandato a su vez se erige como criterio de interpretación e integración, que al decir de Bernal Pulido, quien suscribe la tesis de Alexy, puede verificarse en los siguientes sentidos:

“(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)”⁸⁶.

⁸⁶ Bernal Pulido, Carlos. “El Juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, en J. Vega y E. Corzo (eds.), Instrumentos de tutela y justicia constitucional. *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Citado por Torres Zúñiga, Natalia. Ob. Cit. Pg. 2

Estos criterios han sido adoptados por el TC, v.gr. en el exp. 0018-2003-AI/TC, considerándolo⁸⁷:

- a. Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- b. Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- c. Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona).
- d. Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los individuos.

2.3.3 Unidad de la filiación como manifestación del principio de igualdad

Abordar la unidad de la filiación supone un intento por integrar los diversos aspectos que la constituyen como institución, vista ésta desde el derecho internacional de los derechos humanos, los principios constitucionales y la ética que le imprimen los derechos fundamentales implicados en la filiación. Así, al decir de Méndez Costa, la filiación *expresa el respeto por la persona, hacia el cual se afina cada vez más la razón y la sensibilidad humanas*⁸⁸.

La filiación vista desde disciplinas como la ética y la moral, así como desde la biología u otras ciencias, ha supuesto diversas aproximaciones según el momento histórico de cada sociedad y su ordenamiento jurídico.

⁸⁷ STC, expediente N° 0018-2003-AI/TC, publicada el 4/05/2004, FJ. 2

⁸⁸ Méndez Costa, María Josefa. "La Filiación". Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores. Santa Fe. 1986. pg.21

El establecimiento de distinciones para el ejercicio de derechos, según el tipo de filiación asignado a una persona, justifica una discusión en torno a la necesidad de su distinción y la mejor forma de aproximar la filiación al principio de la equidad y el derecho a la igualdad.

Y, es que la igualdad intrínseca de los seres humanos no es una afirmación antigua y su derivación al Derecho tampoco lo es. En tal razón, plantear la unidad de la filiación es una afirmación del derecho a la igualdad de las personas y su exigencia de garantía por parte del Estado y la sociedad.

En particular, para el Derecho de Familia, por ejemplo, *la consideración del hijo extra matrimonial ha supuesto la confirmación de la vigencia de ideologías y concepciones de un determinado medio social y la época para la cual se legisla*⁸⁹.

⁸⁹ Id. p. 23. El interés social y económico precisaba de la conservación del patrimonio familiar, las restricciones para el establecimiento de la filiación eran muy altas y ésta sólo se producía de manera cierta y protegida al interior de una institución como el matrimonio. Luego, *el decaimiento del patrimonio familiar y el cambio de actitud hacia el hijo* hace más permeable el establecimiento de la filiación y la extienden, en tanto régimen que contiene la protección del hijo y no sólo derechos para los padres, a aquellas niñas y niños nacidos fuera del matrimonio, de manera más extendida.

Entonces, la institución del matrimonio deja de tener la relevancia de antaño en la instauración de la filiación y la determinación de los derechos de los hijos e hijas, para ceder a la equiparación de derechos tanto para los niños y niñas nacidos dentro como fuera del matrimonio, antes llamados legítimos e ilegítimos, con las variantes o clasificaciones en su interior.

Esta situación se presenta simultáneamente, decíamos, al decaimiento de la necesidad de protección del patrimonio familiar, el que cede al patrimonio individual que se independiza del régimen de bienes impuesto por el matrimonio y las diferencias de género producidas en su interior. Siguiendo con Méndez, *en una civilización de trabajo, los ingresos principales de los hogares no están ligados a la propiedad, sino a la profesión ejercida por los cónyuges*, por lo que la familia *no sigue teniendo necesidad de protegerse con tanto cuidado contra los bastardos que pretendieran obtener parte de ese patrimonio*.

Además del derecho a la igualdad de las personas que impide distinciones en razón de la filiación, para la modificación en la ley francesa del año 1972, Colombet afirmó que el derecho a la verdad del lazo jurídico de la filiación debiera ser también el fundamento del nuevo régimen francés de filiación⁸⁹. Esta afirmación se debe a los cambios sociales producidos en las últimas décadas y al avance de la biología y la ciencia genética que permiten afirmar, con total certeza, la procedencia y el vínculo biológico entre una persona y su ascendiente o descendiente.

En el contexto actual, se propugna la unidad de la filiación, lo que supone la igualdad en el tratamiento jurídico de las personas, independientemente del vínculo legal de los progenitores. Esta institucionalización de la unidad de la filiación en razón de la igualdad de las personas, sin embargo, encuentra algunos obstáculos en su materialización.

Por ejemplo, una dificultad ha sido el hecho que el matrimonio confiere certeza al hijo respecto de la paternidad asignada al marido de su madre, facilitando la reclamación de la filiación o su establecimiento cuasi indubitable: la presunción *pater is est*, establece reglas que dificultan, a su vez, su impugnación.

Apelando a las seguridades que ofrece el matrimonio, hay quienes en la doctrina han distinguido la situación del hijo denominado legítimo, por haber nacido dentro del matrimonio, de la situación del hijo ilegítimo para quien *la condición de hijo natural está dominada por un dato de hecho que el derecho no podría desconocer: ese hijo no nace en una familia organizada para acogerlo y educarlo*⁹⁰.

Esta afirmación, sin embargo, considera que sólo las familias basadas en el matrimonio expresan una vocación por acoger a los hijos nacidos de la pareja, situación que no es posible generalizar en la actualidad, debido al debilitamiento que experimenta el matrimonio como institución en tanto forma, antes exclusiva⁹¹, de conformar una familia.

⁹⁰ Savatier, René. Informe sobre las Primeras Jornadas de Estudios “Jean Dabin sobre la familia ilegítima en un proceso de humanización del derecho frente al hecho social del abandono o exposición”, Madrid. 1967.

⁹¹ “El matrimonio es, pues, de derecho natural y existe en consecuencia un derecho natural de todo hombre al matrimonio. Es contrario a la naturaleza del hombre el que el apareamiento sea indiscriminado y ocasional, sino que es necesario que se realice por un macho con una determinada hembra, y no por poco tiempo, sino por mucho, incluso por toda la vida (...) esta unión derivada de un

Afirmar que el matrimonio es consustancial al derecho natural, lo vincula al Bien Común y tiene como consecuencia para algunos, la protección de la filiación matrimonial, la que es vista como un medio para la protección de la institución de la familia. Así, puede tener entonces justificación el que la filiación matrimonial resulte más beneficiosa para el ordenamiento jurídico, que la filiación no matrimonial.

En esa línea de pensamiento, Méndez afirma que *el reconocimiento de la intrínseca igualdad humana va siempre acompañado de la valoración de la familia legítimamente constituida como indispensable para el bien personal y el Bien Común*. Pero ésta es una familia matrimonial, que niega las otras formas de familia vigentes en la sociedad contemporánea.

En esa línea de intervención, que equipara la protección de la familia (matrimonial) con el Bien Común y que su falta de protección implica inclusive un atentado a la Nación⁹², resulta legítimo proteger a los hijos nacidos dentro de esta familia y no así a los otros hijos, nacidos fuera de ella.

El riesgo de equiparar el Bien Común a la protección de una institución como la familia, negando la protección expresa a cada uno de sus miembros, conlleva el riesgo de postergar la protección de quienes la conforman y relega el ejercicio de derechos fundamentales de los mismos.

varón y una mujer es lo que se llama matrimonio. Véase: García López, Jesús. Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino. Pamplona, 1979, II. P. 59-60

⁹² Colombet. Ob. cit. No. 9 p.10

Entonces, el argumento para proteger a los hijos de manera independiente del vínculo legal de sus padres, sustentado en la igualdad de la persona humana, debe relativizarse para algunos, al considerarse que tal equiparación en el tratamiento jurídico a ambas filiaciones conlleva una mella para la institución matrimonial.

Así, algunos están de acuerdo en el establecimiento de distinciones entre ambas filiaciones, imponiendo menores beneficios para los hijos nacidos fuera del matrimonio en torno a los derechos patrimoniales o al vínculo que los hijos puedan establecer con la familia de sus progenitores, al sostenerse que *el parentesco se propaga, a partir de cualquier clase de filiación, sólo por vía matrimonial*⁹³.

En mi opinión, la protección del derecho de los hijos al margen del estatuto jurídico del vínculo entre sus padres no puede ni debe suponer una mella en la protección que se debe brindar a una institución como la familia, la que está constitucionalmente protegida por el Estado peruano. Su promoción y auspicio no debe suponer, a su vez, una desprotección a personas que tienen el derecho a la igualdad simplemente por su condición de tal, no debiendo justificarse en su procedencia u otra razón, alguna distinción en el goce o ejercicio de sus derechos.

Pretender que, en aras de la protección de la familia, se deba limitar el ejercicio del derecho de los niños nacidos fuera de ella, es pretender plantear un conflicto que requiere de una ponderación de derechos. Tal conflicto es, a mi entender, inexistente en tanto el ordenamiento jurídico se cimienta en la protección de derechos fundamentales que a la luz del principio garantista de la Constitución y los

⁹³ Véase Sancho Rebullida, Francisco de Asís, La batalla jurídica de la familia en L.L. 1984-C,1035.No. 3

tratados de derechos internacionales exige, más bien, una extensión de las protecciones otorgadas por el Estado a la persona humana y restringe cualquier posibilidad de limitación o restricción al ejercicio de derechos.

En esa línea, Barbero opina que la protección de la familia legítima que el Estado debe asumir no exige establecer diferencias que coloquen en situación de inferioridad a los hijos extra matrimoniales. Dice: *“siendo injusta la desigualdad, no dejaría de serlo aunque se demostrase que es un medio eficaz para proteger a la familia legítima.*

Es más, refiere que con esta afirmación, no debe apelarse a la justificación que se esgrime para la legítima defensa, por ejemplo, cuando se dice que ésta es justificada aún cuando el medio empleado suponga la pérdida de una vida, valor y derecho a la vez. El autor dice que *no se podría decir análogamente que la ley sólo busca proteger la familia legítima, siendo la desigualdad entre los hijos un efecto no querido: habría que demostrar que es el único medio para lograr esa protección*⁹⁴.

Contrariamente, Méndez afirma que la unidad de la filiación sí comporta un grave riesgo para la familia matrimonial al *prescindir de ella para fijar el status del hijo, sí produce la equiparación de las paternidades y de las maternidades y la confusión del parentesco matrimonial y extra matrimonial. Es preciso compensarlo apelando con decisión a desenvolver todas las energías públicas y privadas al servicio del amparo y promoción del matrimonio y de la familia constituida, rodeándola de garantías morales y materiales, desalentando las uniones fuera del matrimonio.*

⁹⁴ Barbero, Omar. Derechos sucesorios de hijos extra matrimoniales, en L.L. 1982-B,882.VI.

En la legislación comparada, el principio de la unidad de la filiación está previsto en el artículo 15 de la Constitución de Argentina que establece que “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento”. A esta norma debe vincularse también lo previsto en el artículo 14 que prevé la protección integral de la familia. La disposición constitucional referida a la filiación se produjo luego de un arduo debate constitucional al interior de ambas Cámaras, Diputados y Senadores, afirmándose que *la naturaleza de la unión que da origen al nacimiento, no causa distinciones entre los derechos y deberes que surgen de las relaciones entre padres e hijos*”.

Siendo el objeto de protección el interés jurídico del hijo, las consideraciones para establecer las consecuencias de la declaración de igualdad entre las filiaciones no son más el vínculo matrimonial o no de los padres, sino cuanto beneficie y permita el ejercicio de derechos fundamentales de ese hijo.

Conviene exponer algunas consideraciones que formaron parte de ese debate y que bien pueden aclarar la justificación de la defensa de la unidad de la filiación como una defensa del derecho a la dignidad de la persona humana. Con la revalorización de una institución fundamental como la filiación, se aplica un criterio moral y ético al Derecho, el que no *puede ni debe crear ninguna diferencia legal entre los hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él*.

De otra parte, se indicó que la unidad de la filiación no debilita, por el contrario, fortalece a la familia gracias a una disposición justa basada en la igualdad por el reconocimiento de la dignidad esencial de la persona, avalando así la inexistencia de colisión entre la unidad de la filiación y la defensa de la familia basada en el matrimonio.

Ahora bien, en el ordenamiento peruano, la unidad de la filiación se encuentra reconocida a partir de la Constitución de 1979, en la Constitución de 1993 y en el Código Civil de 1984. De hecho, éste se reconoce como el principio de igualdad de las filiaciones.

Así, en el artículo 6 de la Constitución de 1993 reconoce el principio de igualdad de los hijos: (...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Ahora bien, a nivel legislativo, la unidad de la filiación se manifiesta en diversos artículos del Código Civil, aunque ello no implica que haya una completa equiparación de las filiaciones. De hecho, ello se hace patente en las restricciones en la legitimación para la impugnación de la paternidad matrimonial del hijo de mujer casada o para que éste inicie una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial cuando aún posee el título de hijo matrimonial. Éste es un punto que abordaremos en el siguiente capítulo.

La influencia más clara de la unidad de la filiación se ha mencionado ya al inicio de este capítulo, y es el cambio en la distinción de las filiaciones que hacía el legislador en función del concepto “legítimo” o “ilegítimo”.

De otro lado, los efectos igualitarios de la filiación conllevan consecuencias en el derecho sucesorio. Por ejemplo, el actual Código Civil de 1984 plantea en el artículo 818, que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres.

En concreto, esta disposición comprende a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos; así como también a los hijos adoptivos.

En el mismo sentido, el artículo 819 continúa señalando que la misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza si concurren solos y por estirpe cuando concurren con hijos del causante.

No obstante, en el derecho sucesorio el artículo 829 del Código Civil se encuentra en abierta discrepancia con el principio de unidad de las filiaciones en la medida que otorga un trato distinto a los medios hermanos respecto de los hermanos de padre y madre, ya que estos reciben una porción doble de la herencia en comparación con los primeros.

Al respecto, Alex Plácido ha señalado que es necesaria la reforma legislativa de tal artículo. Y es que la igualdad jurídica de los hijos tiene influencias en el parentesco en toda la línea ascendente como descendente y la colateral hasta el cuarto grado, por ende, dice el autor, es necesario que la solución al problema suponga que no recaiga sobre los descendientes las consecuencias de las circunstancias fácticas sobre el hecho de su concepción⁹⁵.

Asimismo, los efectos de la unidad de la filiación se extienden al ámbito del derecho alimentario, pues permite la recíproca prestación de alimentos entre progenitores y

⁹⁵ Plácido, Alex. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Op. Cit, pp. 65-66

descendientes y demás ascendientes, así como los colaterales en segundo grado, es decir, los hermanos y los medios hermanos entre sí.

De hecho, el artículo 479, sin hacer referencia al origen de la filiación, indica que entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue.

De otro lado, Alex Plácido indica que el principio de igualdad de las filiaciones genera como consecuencia la actuación conjunta de los atributos de la patria potestad por ambos padres y que la excepción es la actuación separada para los casos en que se restrinja el ejercicio de la patria potestad⁹⁶.

2.3.4 La protección del niño como sujeto de derechos

En el marco de la constitucionalización e internacionalización de los derechos del individuo, los derechos del niño también han adquirido relevancia. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos, pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos.

En el ordenamiento peruano, los derechos del niño han sido reconocidos en las Constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993. De hecho, ello revela que para el Constitucionalismo eran sujeto de protección, aunque con concepciones distintas del niño – como menor y posteriormente como sujeto de derechos -.

⁹⁶ Ibidem, p. 67.

Constitución	Norma
1920	El estado cuidará de la protección y el auxilio de la infancia
1933	Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño... a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados.
1979	El niño y el adolescente son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.
1993	La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente... en situación de abandono (artículo 4).

Fuente: elaboración propia

Así, hemos pasado de la inexistencia de un discurso a favor del niño a la doctrina de la protección irregular y finalmente a la de protección integral del niño. Y es que la noción de niñez y niño, al igual que el de familia, ha sido construida sobre la base de concepciones políticas, económicas, sociales y culturales.

De esta forma, se ha realizado un tránsito del discurso romano que propugnaba al *pater familias* como propietario de los bienes y los hijos al discurso del siglo XXI en el que los niños son sujetos autónomos con titularidad de derechos fundamentales frente al estado y los particulares.

De acuerdo a Gil Domínguez y otros, el régimen patriarcal absoluto de los padres sobre los hijos se quebró cuando la propiedad de la tierra dejó de ser el tronco de la subsistencia del individuo. Así, el proceso de industrialización convirtió a la familia en el reducto individualista de afecto y solidaridad frente a la explotación económica del modelo industrial en el cual el niño es el epicentro del escenario familiar⁹⁷.

Ahora bien, la protección del niño en el Estado Constitucional supone incorporar al tema de análisis la Convención sobre los Derechos del Niño que supone el paso de la doctrina irregular a la de protección integral.

La protección irregular protegía al **menor** en situación de delito o abandono y autorizaba una intervención estatal discrecional, un poder de poner a disposición del estado a todo *menor* considerado en “situación de riesgo moral y material”.

Esta doctrina establecía un complejo tutelar (protección) y un sistema correccional (curación) y pone en marcha un conjunto de políticas de institucionalización de los *menores*, que formó parte de un plan de *gubernamentalidad* de las clases inferiores (Castells).

Por su parte, la Convención en mención ha supuesto la consideración del niño como sujeto pleno de derechos, que ya no es visto como un objeto de compasión y que posee derechos universales, los que tienen cierta equivalencia con los derechos de los adultos, aunque especificidades que atiendan a la naturaleza y necesidades del niño.

⁹⁷ Freud, Sigmund llamó a este fenómeno “His Majesty the Baby”, pg. 535.

De esta manera, se deja de considerar al niño o niña como una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, en ocasiones peligroso, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño o niña⁹⁸.

Por su parte, Ferrajoli señala que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño invierte la vieja relación entre el derecho y los *menores*, pues deja de considerarlos como objeto de derecho, es decir, de tutela y represión para pasar a ser sujetos plenos de derecho.

Es importante mencionar que este proceso de reconocimiento de derechos de los niños va de la mano con la relación entre derecho y democracia, lo que finalmente genera identidad con la categoría de ciudadano.

Y es que el principio democrático en tanto fundante del orden constitucional contemporáneo y su vinculación directa con los derechos fundamentales,⁹⁹ lleva al reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, lo que en términos de ciencia política se define a partir de la categoría de ciudadano.

El niño sujeto de derechos, con acceso a garantías jurídicas de orden constitucional y legal que protegen sus derechos, en términos políticos es un ciudadano.

⁹⁸ Magistris, Gabriela Paula. Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho: Tensiones y compatibilidades

En palabras de Gil Domínguez y otros, “ciudadanía” es un estado jurídico que en nuestra opinión guarda identidad con la categoría de “sujeto”. Así, el niño - ciudadano o sujeto de derechos - se encuentra en un estado de plena capacidad para participar en la comunidad, cuestión que presupone la vigencia de derecho y de hecho de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho - derechos civiles, políticos y económicos -¹⁰⁰.

Ahora bien, en el marco de la protección integral, ésta se traduce como “protección especial”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 17 se ha referido en términos de protección especial. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

¹⁰⁰ Gil Domínguez. Op.Cit, p. 539.

En concreto, si tenemos en cuenta las características propias de los niños y la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, entonces hablamos de una protección específica para ellos. Es en estos términos que debemos entender el concepto de tratamiento especial.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) menciona una protección especial de acuerdo a sus necesidades y la naturaleza de sus derechos:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (El subrayado no es del texto original).

En igual sentido, el preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”.

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

Partiendo de estas consideraciones, podemos indicar que hay un énfasis tuitivo en relación al niño que se sustenta en su condición de vulnerabilidad para llevar una vida totalmente independiente, de modo que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia de los niños frente a los adultos, se impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo¹⁰¹.

En ese sentido, conviene indicar que la situación de protección especial de los niños es distinta a la de las acciones afirmativas a favor de otros grupos en situación de vulnerabilidad, víctimas de discriminación como el de las mujeres e indígenas.

En efecto, mientras el objeto de las acciones afirmativas es la eliminación de toda discriminación de hecho contra grupos históricamente marginados para hacer pleno el concepto de igualdad material; en el caso del niño y adolescente, la protección que el derecho otorga es distinta, pues estos tienen necesidades especiales y diferentes a las de los adultos. Es decir, el derecho no trata de equiparar a los niños con los adultos o eliminar brechas que generan desigualdad en relación a otras poblaciones, sino de atender adecuadamente a las necesidades propias de su edad.

Así, si bien las acciones afirmativas generan un trato desigual a favor de las poblaciones discriminadas por un determinado periodo de tiempo - hasta equiparar materialmente a los sujetos discriminados -, el derecho del niño y del adolescente tiene por objeto únicamente proteger y promover garantías a favor de estos sujetos.

¹⁰¹ EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, FJ. 5

En síntesis, mientras que la acción afirmativa está vinculada al principio de igualdad y no discriminación, el derecho de los niños y adolescentes busca protegerlos en tanto sujetos de derecho plenos, con derecho a la vida, igualdad, integridad, entre otros. Sobre la protección especial, el Tribunal Constitucional indica que el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal en condiciones de libertad y de dignidad.

En ese sentido, la consecuencia general de la “protección especial” es que ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas que impidan garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado¹⁰².

En líneas generales, al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, partimos de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial que se sustenta en el hecho que la protección de los niños tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos¹⁰³.

¹⁰² EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, FJ. 7. En el mismo sentido, “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar” (Caso Ludesminio Loja Mori. STC 3330-2004-AA/TC, FJ. 35).

¹⁰³ CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 59.

Ahora bien, con el desarrollo de este acápite quiero dejar sentado que el derecho de familia se encuentra influenciado necesariamente por los derechos del niño. Hemos mencionado que el paradigma del derecho constitucional ha modificado la manera de entender las relaciones en el derecho de familia, y los individuos, antes que la familia como colectivo en sí, pasan a ser el objeto de protección primordial para el derecho, lo que encuentra sentido en la lógica de protección del individuo y la dignidad humana como base fundante del Estado Constitucional.

En ese sentido, las instituciones que regula esta rama del derecho necesariamente se irradian de este principio; así en determinados casos, éstas adquieren un contenido de protección orientado hacia la protección del niño.

Al respecto, recordemos que en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, se hace referencia a la familia como la unidad central encargada de la integración social primaria del niño. Los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

En ese sentido, hay una vinculación directa entre el derecho de familia y los derechos del niño que debemos dejar en evidencia, porque éste es un elemento fundamental para el análisis de la presunción “pater is est” y su conceptualización en el derecho peruano.

2.3.5 La Identidad

El instituto de la filiación, necesariamente encierra un vínculo con el derecho a la identidad. Este principio o derecho se encuentra reconocido en la Constitución de 1993. Igualmente, el artículo 16º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

Y el artículo 3º de la CADH: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Asimismo, en el artículo 19 de la CADH se establece que *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”*. Finalmente, el artículo 20.1 del mismo texto normativo indica que: *“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”*.

En el caso de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú y parte del ordenamiento interno, nos ofrece ciertas luces sobre el tema al señalar en su artículo 8.1 que:

“Los Estados parte se comprometerán a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Igualmente, el Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo 6 que:

El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos. Será registrado por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente.

De estas normas podemos desprender que el derecho a la identidad tiene una naturaleza compleja, es el continente de otros derechos. Así, el contenido del mismo se define como:

- a. Derecho al nombre
- b. Derecho a la nacionalidad
- c. Derecho a las relaciones familiares (conocer a sus padres y ser cuidado por ellos).

En otro término, la doctrina señala que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad; en suma sería todo aquello que hace que cada cual se “uno mismo” y no “otro”¹⁰⁴. Fernández Sessarego distingue entre la identidad estática y la identidad dinámica.

La primera está conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco, en tanto que la identidad dinámica, se encuentra conformada por la edad, el entorno socio familiar, etcétera¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

¹⁰⁵ Barletta Villarán, María Consuelo. *Los procesos de exclusión de nombre y su incidencia en el derecho a la identidad de los niños*, en: Material del curso Derecho de la niñez y adolescencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, semestre 2009-2.

De otro lado, autores como Álex Plácido consideran que el derecho a la identidad personal “*supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación*”¹⁰⁶.

Zannoni, por su parte, señala que la identidad en términos filiatorios tiene una faz dinámica y otra estática. De esta forma, la ha definido así:

- a. “desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo. O, el presupuesto biológico del vínculo jurídico.
- b. desde el punto de vista de la existencia de tal presupuesto biológico, la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de relaciones familiares (particularmente, es obvio, de las relaciones paterno-filiales)”¹⁰⁷.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad tiene una dimensión objetiva y otra subjetiva. En ese sentido, reconoce el carácter complejo del derecho en cuestión. Al respecto lo define de la siguiente manera:

“ El derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú comprende un doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia, características corporales, etc.) y por el otro de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido este derecho implica distinguir a

¹⁰⁶ Plácido, Alex. Op. Cit., p. 16

¹⁰⁷ Zannoni, Eduarado. *Adopción plena y derecho a la identidad personal*, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída. *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, p. 233

una persona a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas pudiendo requerir de referentes más complejos tales como puede ser el caso de costumbres, o creencias, por consiguiente este derecho se concibe de una manera integral” (FJ 21-23).

A partir de la concepción interpretativa de las normas, doctrinal y jurisprudencial, podemos deducir que la identidad es un derecho fundamental de primer orden en el ordenamiento jurídico peruano, el cual debe garantizarse a todas las personas, entre las que se encuentran niños y adolescentes en tanto son reconocidos como sujetos de derecho.

Si bien, el derecho a la identidad ha sido definido en una doble dimensión -ya sea estático-dinámico u objetivo-subjetivo- considero que esta distinción es mecánica e innecesaria y que el contenido del derecho en mención debiera entenderse de manera integral y dinámica en su totalidad¹⁰⁸.

Ahora bien, en razón de este estudio, los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la filiación son: A. el nombre¹⁰⁹ y B. las relaciones familiares - conocer a sus padres, lo que implica un vínculo con la verdad

¹⁰⁸ El elemento sexo no es necesariamente un componente estático del derecho a la identidad, mucho menos el nombre. Un ejemplo que podemos citar es el caso Karen Mañuca Cabanillas, quien pretendía modificar su documento de identidad en razón de su cambio de sexo. Su solicitud le fue denegada en sede administrativa. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que RENIEC debía entregarle un documento de identidad consignando su nuevo nombre. Sentencia recaída en expediente N° 02273-2005-PHC/TC, publicada el 22-10-2006, disponible en www.tc.gob.pe, revisada el 22-09-09.

¹⁰⁹ Por ejemplo, Elizabeth Salmón, refiere que el derecho al nombre “no es sinónimo de identidad, desde que ésta, aparte del nombre, se compone de otros elementos distintivos”. Y refiere que “la identidad es una categoría jurídica que define las señas personales, determina la personalidad individual a los efectos de las relaciones jurídicas y constituye, grosso modo, la expresión fenoménica o proyección de su personalidad”. Salmón, Elizabeth. *El derecho a la identidad y al nombre como parte de las obligaciones internacionales del estado peruano en materia de derechos humanos*, en: El derecho al nombre e identidad, 3 estudios, disponible en: http://www.alianzaciudadana.org.pe/publicaciones/derecho_nombre.pdf, revisado el 22-09-09.

biológica y a ser cuidado por ellos -. Conviene señalar que ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes.

De otro lado, esta opción no nos conduce a excluir otros elementos del derecho a la identidad que se desprenden de la doctrina y otros tratados y principios del derecho, sin embargo, para los efectos de la relación entre filiación e identidad, aquellos dos resultan los preponderantes¹¹⁰.

En estos términos, se debe definir también los conceptos de nombre y relaciones familiares.

El derecho al nombre

El nombre, de acuerdo al Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 17, tiene dos dimensiones: i) elegir y cambiar de nombre y; ii) derecho al apellido de la persona.

A partir de esta definición del Comité de Derechos Humanos, Salmón nos indica que “el derecho al nombre podría definirse como aquél que toda persona posee para ser dotada de un nombre (prenombre y apellidos), así como a que no se usurpe dicho nombre”¹¹¹.

¹¹¹ Salmón, Elizabeth. Ob Cit, p. 39

Asimismo, en países como el Perú, que han adoptado la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a las relaciones familiares del hijo, se define como el derecho de éste a conocer a sus padres, reconocido en el artículo 7. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como hemos referido anteriormente.

El derecho a conocer a los padres

Este derecho se encuentra vinculado a la verdad biológica y al derecho a ser cuidado por los padres. Se encuentra regulado en el artículo 8 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes.

En relación a la verdad biológica, ésta ha sido puesta en relieve a partir del análisis de la institución de la adopción en los distintos sistemas jurídicos. Sin embargo, aunque partió de la institución de la adopción, la verdad biológica se ha convertido en referente obligado cuando se estudia el derecho a la identidad de los hijos en cualquiera de sus ámbitos de análisis.

Así, la verdad biológica ha adquirido relevancia significativa en los últimos años. Ello se debe a los avances científicos y tecnológicos que permiten determinar con un alto grado de certidumbre la paternidad y maternidad biológica del hijo. En efecto, existen desarrollos sobre derecho y genética a partir de los casos de fertilización asistida, entre otros¹¹².

¹¹² La fiabilidad de este tipo de pruebas, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que si el resultado es negativo, su fiabilidad es del 100%. Si el resultado es positivo, su fiabilidad es superior al 99%.

María Corona Quesada González ha indicado la existencia de un derecho fundamental de la persona a la verdad biológica. De hecho, la doctrina alemana empieza a defender la existencia de un derecho fundamental de la persona: "el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular"¹¹³.

Ahora bien, para autores como Ana Garriga, el derecho a conocer la filiación de origen es inherente a la persona en la medida que se encuentra vinculada con la identidad, que es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes, por lo cual, privar a un individuo del conocimiento de su origen supone negarle uno de los elementos que constituyen su identidad, a partir del cual se distingue de los demás y que le permite individualizarse con relación con aquellos de los que proviene¹¹⁴.

Igualmente, Díaz-Ambrona da cuenta y acoge lo señalado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres del 29 de marzo de 2001 que señala que "el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscarlo en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad"¹¹⁵.

¹¹³ Quesada González, Ma. Corona: "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico" en: Anuario de Derecho Civil, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio 1994, tomo XLVII, fascículo II, p.238.

¹¹⁴ Garriga Gorrina, Margarita. La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen, Navarra: Aranzandi, 2000, p. 248.

¹¹⁵ Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores. *Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica*, en: Revista de derecho privado, 2005, p 27

Asimismo, esta discusión ha decantado en pronunciamientos de tribunales jurisdiccionales que reconocen el derecho de las personas a conocer su origen biológico, pues ello es componente de su identidad, de su intimidad y de su vida privada y familiar.

Por ejemplo, en el caso *Gaskin vs. Reino Unido*, el demandante había pasado gran parte de su infancia en instituciones de protección y en familias de acogida y se interesó por conocer su pasado. Su pretensión le fue denegada en todas las instancias nacionales del Reino Unido. Sobre el punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que “los archivos sobre la historia de una persona que ha permanecido bajo tutela de la administración forman parte de su vida privada y familiar y el Convenio Europeo protege el interés de las personas que se hallan en la situación del demandante, a recibir la información necesaria para conocer y comprender su infancia¹¹⁶.”

Igualmente, en el caso *Odièvre vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que el artículo 8 del Convenio de Derechos y Libertades del Hombre protege en concreto “un derecho a la plenitud personal con motivo del cual figuran el establecimiento de los detalles de su identidad como ser humano y el interés vital a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo, la identidad de sus progenitores”¹¹⁷.

¹¹⁶ Garriga Gorrina, Margarita. Ob. Cit, p. 121

¹¹⁷ Citado por Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores. Ob Cit, p. 31

Ahora bien, aunque pareciera que la verdad biológica es un elemento fundamental del derecho a la identidad, el mismo no es absoluto y no se encuentra por encima de otras consideraciones que determinan el contenido del derecho continente identidad.

Por ejemplo, a partir de las ficciones que el derecho crea para normar situaciones de la realidad que considera jurídicamente relevantes, la institución de la adopción, prevista en el artículo 377 del Código Civil establece que “por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”. Sin embargo, entre adoptante y adoptado no existe un nexo biológico que determine su vínculo filiatorio.

En igual sentido, para el derecho, la procreación asistida que recurre al gen proporcionado por una persona distinta del cónyuge, supone el establecimiento de un vínculo de filiación distinto al que la verdad biológica determina.

Así, puedo afirmar que si bien la verdad biológica emerge como un derecho que tiene la capacidad de modificar relaciones sociales preestablecidas, no determina la naturaleza de las relaciones familiares, en tanto componente del derecho a la identidad.

En el mismo sentido, existen casos en los que los hijos de mujer casada tienen por padre biológico a un hombre distinto del marido de la madre; frente a ello, aparentemente debiera primar la verdad biológica antes que la conservación de una presunción que se encuentra en conflicto con la realidad.

Sin embargo, la verdad biológica –cuando no es invocada por el marido como causal de impugnación de paternidad matrimonial- puede no ser determinante para cambiar el título y la posesión de estado del hijo de la mujer casada; y tampoco resulta ser preponderante frente a las relaciones familiares que el hijo ha establecido con un entorno familiar al cual el padre biológico no pertenece.

En esa lógica, la verdad biológica entra en conflicto con otros elementos del derecho a la identidad, lo que debe resolverse teniendo en cuenta las consecuencias que puede acarrear en la esfera del libre desarrollo de la personalidad del hijo.

En estos casos, se puede hablar de la aplicación del principio del interés superior del niño, para resolver un conflicto de esta envergadura, que llevará a interpretar o a aplicar la norma más protectora o más garantista si de reconocer derechos se trata, o de la norma menos restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos del niño¹¹⁸.

Así también encontramos sustento para nuestro planteamiento en la doctrina nacional: Alex Plácido refiere entre las facetas de la identidad de origen, lo que interpreto como “verdad biológica”, el derecho a conocer a los padres: ejercido para determinar la filiación y el mero conocimiento del origen biológico sin que éste establezca un vínculo paterno filial¹¹⁹.

¹¹⁸ Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: CELS, Editorial del Puerto, 1997, p. 163. Igualmente citado por Salvioli, Fabián. Un análisis sobre el principio pro personae sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en: *Defensa de la Constitución: Libro Homenaje a Germán Biodart Campos*, Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 143

¹¹⁹ Plácido Vilcachagua, Álex. Cuando la asignación de los apellidos del hijo extramatrimonial reconocido separadamente sentaban las bases de su estigmatización y la imposibilidad de poder conocer su origen filial. A propósito de la ley 28720, en: Material del Curso Niñez y Adolescencia del

Entonces, podemos afirmar que siendo la verdad biológica un derecho que permite cumplir el rol garante del Estado de proteger a la persona, en tanto fin supremo de la sociedad, precisamente en cumplimiento de dicho rol, el sistema jurídico puede y debe relativizar sus efectos cuando la posesión de estado informa que existen relaciones familiares que no se sustentan en aquella.

De otro lado, el otro elemento del derecho a las relaciones familiares se traduce en lo que hemos llamado derecho a ser cuidado por los padres. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño explicita que el niño debe vivir en la medida de lo posible con sus padres (art. 7.1), lo que implica que el Estado deba promover o asegurar el derecho de los niños a tener vínculos con los padres en la medida que ello lo otorga un sustento para la formación de su identidad.

Y es que como venimos sosteniendo a lo largo del texto, la familia cumple un rol preponderante en la protección y cuidado del hijo. Al respecto, Kemelmajer afirma que la familia ha dejado de cumplir un rol eminentemente productivo para convertirse en un ámbito que integra valores como la solidaridad y el papel de protección y cuidado de los hijos¹²⁰. Por su parte, Díez- Picazo y Ponce de León afirman que los fines asignados a la familia se traducen en la asistencia y socialización de sus miembros¹²¹.

pregrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, semestre 2009-2, p. 12

¹²⁰ Kemelmajer de Carlucci. Aída (coordinadora). El derecho de familia y los nuevos paradigmas, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, p. 13

¹²¹ Díez Picazo y Ponce de León, Luis. Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia, en: Kemelmajer de Carlucci. Aída (coordinadora). Ob Cit, p. 18

En las organizaciones internacionales como la OEA se maneja un concepto de familia que va mucho más allá de la noción de núcleo de subsistencia y reproducción, al constituir un ámbito de desarrollo y socialización, de existencia en común, de comunicación, de afecto y de intercambio cultural¹²².

Por ejemplo, en el XIX Congreso Panamericano del Niño, la declaración suscrita por los delegados de los Estados participantes señaló:

“Que la voluntad política expresada por los Estados Miembros en este XIX Congreso Panamericano del Niño, se orienta a reconocer, apoyar, proteger y promover a la familia como el principal ámbito de protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

En el mismo sentido, la Declaración Interamericana de los Derechos de la Familia aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (AG/RES. 678 XIII-0/83) declara que “Toda persona y especialmente todo niño tiene derecho a una familia y a la estabilidad de la institución familiar”.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional Peruano ha indicado que el derecho del niño a tener una familia, o ser cuidado por sus padres es de carácter fundamental y encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución¹²³.

122 Dietzel, Loreto. El apoyo a la familia en sus funciones primordiales, un eje fundamental de la reforma del SENAME, disponible en: www.iin.oea.org,. Revisado el 26-09-09.

123 EXP. N.º 01817-2009-PHC/TC, FJ. 14-15

Ahora bien, estas consideraciones sobre el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, como elemento del derecho a la identidad, necesariamente se deben sopesar con el principio de verdad biológica.

No necesariamente ambos principios coincidirán en todas las situaciones, en algunas pueden presentarse conflictos como los que hemos explicado respecto de la verdad biológica. De hecho, el derecho a ser cuidado por los padres encierra un contenido vinculado a los lazos afectivos, de desarrollo del niño, de convivencia que terminan dotando de identidad al niño y que van más allá del vínculo sanguíneo.

Esto quiere decir que en determinados casos, la posesión de estado, es decir, la relación cercana entre dos individuos que no necesariamente tienen un nexo biológico, antes que el título de estado - nacido de una presunción legal por ejemplo - termina siendo preponderante al momento de resolver un litigio sobre filiación, al igual que en los casos de adopción.

De hecho, el contenido del derecho a la identidad y la defensa del mismo se presentan ante situaciones límite debido a la complejidad de la realidad social y los casos que imponen los avances tecnológicos. El derecho a la identidad, amplio y complejo, impone un reto a los operadores jurídicos, que supone realizar ejercicios de ponderación entre los principios que lo componen y examinar en cada caso concreto las tensiones pendientes entre el derecho a la verdad biológica o a conocer los orígenes, el derecho al nombre, el derecho a saber, entre otros.

2.3.6 La libre investigación de la paternidad

La libre investigación de la paternidad es otro principio vinculado al derecho de filiación. En efecto, este principio es de antigua raigambre y ha estado sometido a los vaivenes de la historia y la construcción y deconstrucción de determinados valores sociales.

Ahora bien, las Constituciones iberoamericanas en algunos casos señalan expresamente que el individuo tiene derecho a conocer sus orígenes biológicos - lo que implica el reconocimiento del principio de libre investigación -.

Constitución y/o Ley	Año	Artículo
Venezuela	1999	Artículo 56.- Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y el de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.
Constitución de España	1978	Artículo 39 (...). - 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
Constitución del Estado Libre y soberano de Oaxaca		Artículo 12.- Las niñas y los niños nacidos en el matrimonio o fuera de él tienen derecho a igual protección. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

Código Civil Chileno		<p>Artículo 195.- La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.</p> <p>El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.</p>
Costa Rica		<p>Artículo 53.- Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.</p> <p>Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.</p>
Cuba		<p>Artículo 37.- Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio. Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos, ni en ningún otro documento que haga referencia a la filiación.</p> <p>El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad.</p>
Nicaragua		<p>Artículo 78.- El Estado protege la paternidad y maternidad responsable. Se establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad.</p>
Panamá		<p>Artículo 57.- La ley regulará la investigación de la paternidad. Queda abolida toda calificación sobre la</p>

		naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna que establezca diferencia en los nacimientos o sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de aquellos, ni en ningún atestado, partida de bautismo o certificado referente a la filiación.
Paraguay		<p>Artículo 53 – DE LOS HIJOS</p> <p>Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria.</p> <p>Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.</p> <p>La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia.</p> <p>Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos personales.</p>

Fuente: La familia y el matrimonio. *Estudio Constitucional Comparativo*, en: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/familia.html>. 9 de enero 2010.

En el Perú, el principio de libre investigación de la paternidad no se encuentra reconocido de manera expresa en la Constitución de 1993; sin embargo, el mismo se deriva de otras fuentes normativas y tiene un rango de primer orden en el sistema jurídico peruano.

Al respecto, Varsi Rospigliosi señala que la investigación de la paternidad es una de las conquistas del derecho contemporáneo, pero actualmente aun se encuentra limitado. Es decir, si bien el legislador no podría prohibir la investigación de la paternidad, sí puede limitarla, aunque ello necesariamente choque con algunos principios y derechos constitucionales¹²⁴.

En el Code de Napoleón se adoptó un criterio prohibitivo de la libre investigación de la paternidad; en concreto, el artículo 342 rezaba así: “que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen por las leyes, padre, madre ni parientes algunos por parte de madre o padre”.

En efecto, Zannoni indica que la Revolución Francesa, reaccionando en un principio contra las discriminaciones, igualó los derechos de todos los hijos; sin embargo el Code de Napoleón significó un retorno a la prohibición de investigación de la paternidad (artículo 342) y del reconocimiento (artículo 335)¹²⁵.

La prohibición de la investigación de la paternidad encuentra sus orígenes en el derecho romano, en donde los hijos ilegítimos no tenían derecho al reconocimiento del padre y seguían la condición de la madre; a diferencia de los hijos concubinos que podían ser reconocidos por el padre, gozaban del derecho de alimentos, de un derecho restringido de sucesión ab in testato y podían ser legitimados por sub siguiente matrimonio¹²⁶.

¹²⁴ Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, Filiación y patria potestad, Lima: Grijley, 2004, p. 123.

¹²⁵ Zannoni, Op Cit, p. 13

¹²⁶ La investigación de la paternidad en el derecho catalán y español, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/31/dtr/dtr1.pdf>, revisado el 19-03-2010.

Ahora bien, esta restricción al principio de libre investigación de la paternidad se ha reproducido durante más de la mitad del siglo XX, lo que luego ha variado desde la lógica del derecho-principio a la igualdad que otorga reconocimiento a los hijos extramatrimoniales legitimidad para reclamar la paternidad y adquirir un título de estado que le da igualdad de derechos en relación a todos los hijos de su progenitor.

Las razones en las que se fundaba la prohibición de la investigación de la paternidad se explican en dos sentidos:

- a. La dificultad de la prueba, que se derivaba de las circunstancias de ocultación o disimulo en que comúnmente se desarrollaban las relaciones sexuales extramatrimoniales, pero también del estado de la ciencia que no permitía acreditar indubitadamente una relación de filiación¹²⁷; y
- b. el carácter inmoral de las relaciones extramatrimoniales, como las incestuosas, sacrílegas; cuestión que desaconsejaba la investigación para evitar la vergüenza de los padres y del hijo, pero también para no hacer mella de las creencias religiosas o morales de una organización social o por el daño que se podía ocasionar a la paz de las familias y los derechos de cónyuge e hijos¹²⁸.

En relación a esta tendencia, Cornejo Chávez ha indicado que la investigación de la paternidad estuvo prohibida en el Perú en el Código de 1852, pero que el Código de 1936 y el de 1984 admitieron el principio de libre investigación de la paternidad¹²⁹.

¹²⁷ Cornejo Chavéz, Héctor. Op. Cit., p. 472

¹²⁸ Idem

¹²⁹ Idem

En el Código Civil vigente, la libre investigación de la paternidad se encuentra reconocida en la codificación que el legislador peruano ha realizado respecto de la filiación extra matrimonial.

Así, se ha otorgado al hijo extramatrimonial la legitimación para iniciar un proceso de reclamación y de impugnación de la paternidad. Incluso el artículo 407 del Código Civil señala que éste es el titular de dicha acción, aunque ello no se predica respecto del hijo matrimonial.

Al respecto, Varsi reseña las limitaciones a la investigación de la paternidad que reproduce el Código Civil, las mismas que se encuentran vinculadas a la filiación matrimonial. Al respecto da cuenta de las siguientes:

Artículo 376.- Impugnabilidad de la filiación matrimonial

Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aún por el mismo hijo.

Artículo 396.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Artículo 404.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

Una reflexión necesaria a partir de estas consideraciones es que el principio de libre investigación de la paternidad debiera ser de aplicación igualitaria a los hijos en general, independientemente de la calificación de su filiación, ello en concordancia con la unidad de las filiaciones.

Y además porque al principio de libre investigación de la paternidad se encuentra vinculado necesariamente el derecho a la identidad, ya que mediante el primero se permite conocer los orígenes de las personas - elemento de la identidad -. Al respecto, Alex Plácido señala que “el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación”¹³⁰.

En el mismo sentido, Varsi Rospigliosi señala que el derecho a la identidad tiene una relación implícita con el principio de libre investigación de la paternidad. Al respecto, este indica que ello se deriva de una interpretación de los artículos 2, incisos 2 y 19, 6, 15, 89 y 183 de la Constitución de 1993.

A la luz de este principio, las restricciones legislativas que menciona Varsi debieran modificarse. De hecho, esto será un punto de discusión en el capítulo 3. Este acápite sirve entonces para poner de relieve el vínculo entre filiación y libre investigación de

¹³⁰ Plácido Vilcachagua, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (3), disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274>, revisado el 20-11-09.

la paternidad, lo que influye necesariamente en el análisis que realizaremos de la presunción “pater is est”.

2.3.7 La protección de la familia

Este principio es relevante para el análisis de mi hipótesis de trabajo. De hecho, en algún momento podría parecer conflictivo con los derechos del individuo o principios que hemos mencionado aquí que están destinados a proteger básicamente a un sujeto individual. Sin embargo, la protección de la familia, necesariamente influye en el instituto de la filiación.

Se trata entonces de entender este principio en términos del derecho constitucional y la forma en que debe articularse sistemática y unitariamente con el resto de principios constitucionales.

En el Perú, dice Córdova Flores, la Constitución de 1933 fue la primera en recoger una referencia acerca de la protección estatal de la familia. En el artículo 51 se indicaba: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.” Y con la Constitución de 1979 el reconocimiento de la familia tuvo mayor énfasis ya que se estableció un capítulo especialmente para tratar lo referente a la familia¹³¹.

¹³¹ Córdova Flores, Álvaro. La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: *Gaceta del Tribunal Constitucional*, N° 10, abril-junio 2008, p. 5, disponible en: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Alvaro.pdf, revisado el 22-03-2010.

Ahora bien, en el ordenamiento peruano vigente la Constitución de 1993 indica en su artículo 4 que “el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”¹³².

Esto significa que existe cierta imperatividad de las normas fundamentales del derecho de familia, ya que éstas encierran una importancia de los intereses públicos y sociales que la familia tiene. En ese sentido, el Estado no puede ser ajeno al desarrollo de la vida familiar, pues los valores que ventilan no son de índole privada.

Las implicancias de la protección de la familia, entonces, suponen promoverla o ampararla cualquiera sea su conformación. Esto pues, va de la mano con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, así como el 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que en ambos se recoge el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a **fundar una familia**.

En concreto, la protección de la familia implica que hay una preocupación del Estado por su conformación y vigencia en la sociedad peruana, lo que supone entender el concepto de familia a la luz del derecho constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional no ha ensayado un concepto, sí tiene determinados fallos en los que ha reconocido a las familias ensambladas y a otros tipos de familia, conforme lo hemos comentado en el capítulo 1, cuestión que nos lleva a afirmar que en el

¹³² La constitucionalización de la familia a nivel comparado debe ser ubicada en la carta fundamental de Alemania de 1919. En su artículo 119 establecía: “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexo. [...] Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria”.

ordenamiento peruano, la familia se concibe más allá de los términos de la familia matrimonial.

De hecho, el reconocimiento jurisprudencial de diversos tipos de familia es coincidente con la Observación General N° 19 de 1990 que establece que frente a la existencia de diversos tipos de familia, como las familias conformadas por parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Parte deben indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

La familia, sea ésta matrimonial, monoparental o ensamblada, tiene una función constitucional. Al respecto, nos parece relevante la definición que de la misma brinda el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 que al respecto señala que la familia es:

“el primer ámbito para promover la equidad y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y para la niñez, la tercera edad y las poblaciones en situaciones de pobreza extrema, discriminadas y excluidas”.

En ese sentido, se entiende que la familia es un instituto que tiene por objeto principal el desarrollo y protección de los miembros de la misma, a la que contribuyen el Estado y la sociedad. Es el espacio donde se debe promover la dignidad y los derechos del individuo.

La familia tiene como finalidad primordial el bienestar del individuo - que no es un fin privado, sino un fin del Estado y la sociedad -, por ello en su conceptualización se

incide en la igualdad de oportunidades de sus miembros, se contribuye a la equidad y el desarrollo pleno de cada persona que pertenece al grupo familiar.

Así, por ejemplo, la Observación General N° 19 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incide en la necesidad de que al interior de la familia se asegure la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos cónyuges durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En la misma lógica, en relación con los derechos del niño - tema de primera relevancia para la tesis - este concepto es coherente con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que considera a “la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, (quienes) deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

En el mismo sentido, Bernaldes Ballesteros establece que la protección de la familia incluye la protección del niño¹³³, es decir, debe contener lo indispensable para la subsistencia del niño y niña, debe garantizar su acceso y ejercicio de los derechos a la educación y salud, debe suponer un entorno saludable para el desarrollo de su personalidad, así como también niveles de protección emocional que garanticen su equilibrio psicológico.

¹³³ Bernaldes Ballesteros, La Constitución de 1993. Análisis comparado. Instituto Constitución y Sociedad. Segunda edición. Lima, 1996.p.159.

A su vez, este principio constitucional es parte del diseño de los planes y políticas públicas tales como el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2002 – 2010, cuando entre los principios rectores del plan reconoce que revalorizar el espacio familiar como el “primer agente formados y socializador que transmite valores, conductas, conocimientos y tradiciones socioculturales a niños, niñas y adolescentes” supondrá un factor fundamental para el desarrollo del ser humano¹³⁴.

En líneas generales, la protección de la familia en la lógica del Estado Constitucional se sustentan sobre unos presupuestos que privilegian las relaciones personales sobre las patrimoniales, esto la diferencia y la aleja de la concepción de las familias de la etapa preindustrial que asentaban sus relaciones sobre la producción, sea esta agrícola o artesanal, por lo cual, la familia era concebida como una unidad económica.

De esta forma, podemos mirar a la filiación en el marco de un concepto amplio de familia destinado a asegurar el bienestar de sus miembros, en especial la de los hijos y la efectividad de su derecho a la identidad. De hecho, esta es la orientación que tendremos en cuenta en los siguientes capítulos.

2.4 La filiación como derecho

Este acápite nos permitirá establecer la relación entre los principios estudiados en el marco de lo que se entiende por “derecho a la filiación”. Ahora bien, en algún sector

¹³⁴ Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002 – 2010. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Congreso de la República y ADRA Perú. Junio 2005, p. 23

de la doctrina peruana, se señala que existe un derecho fundamental a la filiación. Por ejemplo, Alex Plácido de manera recurrente hace referencia a la filiación como derecho.

Para determinar si en efecto se trata de un derecho conviene expresar el concepto que tenemos de derecho. Así, un derecho, como definición, tiene diversas acepciones, por ello he optado por una definición formal.

En términos de Ferrajoli el derecho en términos de “derecho subjetivo” se define como cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹³⁵.

Asimismo, siguiendo a Guastini, un derecho supone que:

1. Es susceptible de tutela jurisdiccional
2. Pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado
3. La obligación de hacer efectivo el derecho

Teniendo en cuenta estas características, las contratamos con el concepto de filiación. Así, decimos que la filiación es un instituto que contiene o envuelve una serie de derechos, expectativas, por lo cual su vigencia en el derecho contemporáneo es de primer orden, aunque no necesariamente ello la define como un derecho.

¹³⁵ Ferrajoli, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2005: Trotta, p.158.

Ahora bien, el establecimiento de la filiación como tal, encuentra manera de concretarse ya sea por medio del establecimiento de presunciones, por medio del reconocimiento que se torna en un acto irrevocable; y cuando no media presunción alguna o no existe voluntad de reconocimiento, se concreta por medio del derecho a reclamar la filiación, que es uno de los tantos derechos contenidos en la institución que comentamos.

Creo que las consideraciones de la filiación como derecho se hacen más patentes cuando damos una mirada a las acciones de reclamación o de impugnación de la paternidad y maternidad, aunque de los otros supuestos también se entiende que estamos frente a un derecho, por la potencialidad de ser garantizado en la vía jurisdiccional, pero también porque desde la perspectiva del legislador éste se encuentra obligado a garantizarla, pero sobre todo porque encierra vínculos con otros derechos fundamentales.

En concreto, establecida la filiación por medio de la aplicación de presunciones, el reconocimiento voluntario, o el ejercicio de reclamación o de impugnación –que luego da paso a una correspondiente acción de reclamación, un acto voluntario de reconocimiento, o la aplicación de una presunción- se concretiza el ejercicio del derecho a la identidad, que a su vez contiene al nombre, las relaciones familiares, entre otros, así como la generación de obligaciones alimentarias y expectativas patrimoniales, se hace real para el individuo.

Sobre el punto, considero que la filiación no es necesariamente un derecho, pero sí un instituto que tiene como función u objetivo hacer efectivos los derechos

mencionados en este acápite. En este sentido, no concuerdo con lo establecido por Álex Plácido respecto del **nomen** que utiliza para hacer referencia a la filiación.

En concreto, considero que existe un derecho a la filiación en la medida que este instituto engloba las acciones de filiación, pero este debe ser un tema independiente de las consideraciones de la filiación como derecho. En todo caso, debiera entenderse que el instituto de la filiación como tal, engloba un derecho a solicitar o a acudir ante la justicia para establecer una filiación.

En ese sentido, considero que más bien podemos hacer referencia al derecho a reclamar una filiación o a impugnarla, el mismo que encuentra sentido y concordancia con la definición de “derecho” que hemos establecido líneas arriba. Al respecto, resulta relevante citar a la Corte Constitucional Colombiana, que ha construido la noción de “derecho a reclamar la filiación” a través de constante jurisprudencia en la última década.

En efecto, la Corte en mención ha establecido que éste es un derecho fundamental que tiene relación con el derecho al desarrollo de la libre personalidad, la dignidad humana y el acceso a la justicia, estableciendo una relación directa con éste último. Así, la Corte Colombiana sólo asume como derecho a la filiación a las acciones de reclamación e impugnación.

Así, en la sentencia C- 109 de 1995, este tribunal señaló que *“en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen*

*entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero "derecho a reclamar su verdadera filiación"*¹³⁶.

En relación con ello, podríamos indicar que en el ordenamiento peruano también existe un vínculo entre las acciones de reclamación de filiación y el derecho de acceso a la justicia que reconoce la Constitución de 1993 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que dota del carácter de "fundamental" al derecho a establecer la filiación.

En efecto, el artículo 139, inciso 3 de la Constitución y el 25 de la CADH establecen el derecho a un recurso efectivo o a la tutela efectiva que amparan al individuo contra actos u omisiones que afecten sus derechos o para reclamar el reconocimiento de otro. De ahí que, en mi opinión, las acciones de filiación - concretización del derecho a reclamar o establecer una filiación - sean una manifestación del derecho a la tutela efectiva.

"Conviene recordar que el artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho a "acceder a la administración de justicia", entendido como la oportunidad que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales, mediante acciones previstas en las leyes procesales, a fin de poner en funcionamiento el aparato judicial en el momento de presentarse un conflicto respecto del cual tiene interés legítimo. Por consiguiente, las personas tienen derecho a hacer una reclamación, alegar en su defensa, presentar pruebas

¹³⁶ http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/1995/c-109_1995.html

*pertinentes y, por supuesto, obtener resoluciones judiciales conforme a la Constitución y a la ley*¹³⁷.

En el mismo sentido, compartimos lo establecido por la Corte Colombiana respecto del carácter fundamental del derecho en estudio, cuando establece el vínculo de este con otros derechos que en esencia son fundamentales y se encuentran en la base del Estado Constitucional de Derecho.

De esta forma, se configuraría un derecho a reclamar la filiación que surge a partir de determinados presupuestos, como el destinado a obtener un título de estado sobre la base de determinados hechos fácticos-biológicos que confirmarían el vínculo paterno-filial.

Ahora, realizando un examen a la luz del derecho constitucional, considerando el derecho a la igualdad y la dignidad de la persona, habría que evaluar si en todos los casos existe un tratamiento adecuado y constitucional en relación al derecho a establecer o reclamar una filiación, cuestión que realizaremos respecto de la presunción pater is est en el siguiente capítulo.

A modo de conclusión, este documento nos permite dar cuenta de la influencia y fuerza normativa y principista de la Constitución en relación al derecho de familia. De hecho, este preámbulo sienta las bases de nuestra línea de análisis a lo largo del documento.

¹³⁷ http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/1995/c-109_1995.html

Entonces, este capítulo trata del derecho constitucional de familia y su regulación sobre la filiación, lo que tiene consecuencias prácticas en el ámbito legislativo, siempre subordinado a la norma máxima del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO 3

LA PRESUNCIÓN PATER IS EST, ANÁLISIS DE SU CONFORMIDAD CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FAMILIA

3.1 Presunción: Concepto

Una presunción se puede definir como “una dispensa de prueba o evidencia de otro hecho, (siendo) que el hecho que no se necesita probar depende (de) la experiencia ordinaria”¹³⁸.

En concreto, Carnelutti las definía como consecuencias conjeturales deducidas de un hecho conocido no destinado a hacer funciones de prueba para llegar a la determinación de la existencia de un hecho desconocido. Decía que en un sentido señalan el hecho o acontecimiento que la sustenta y en otro sentido se utilizan para referirse al razonamiento que se hace para formular la deducción.

De esta forma, las presunciones legales no son en realidad un medio de prueba sino un desplazamiento del objeto de la prueba, implican formas impuestas al Juez, de

¹³⁸ Martínez de Moretín Llamas, María Lourdes. *El régimen jurídico de las presunciones*, Colección Monografías de Derecho Romano, Sección: Derecho Público y Privado Romano N° 34, Madrid: Dykinson, 2007, pp.5 y ss,

razonar, que llevan a deducir como cierto un hecho que no está probado, a partir de la prueba de otros hechos que se toman como indicios de aquel.

En ese sentido se expresa Martínez de Moretín, quien indica que las presunciones no pueden proponerse como prueba, sino que resuelven en un razonamiento que hace el legislador o el juez. Aunque ello no obsta a que las presunciones tengan efectos probatorios porque sirven para dar por probado un hecho a partir de la demostración de otro¹³⁹.

Ahora bien, la presunción es distinta a la ficción, pues parte de una probabilidad, mientras que la segunda de una invención. En opinión de algunos autores, la presunción tiende a consolidar algo que se considera real (*est verorum*), mientras que la ficción por esencia *est falsorum*; mientras que otros señalan que la presunción se asienta en la experiencia en tanto que la ficción en una mera determinación del legislador¹⁴⁰.

Existen presunciones legales iure et de iure y presunciones iuris tantum. Las primeras son absolutas, no admiten prueba en contrario, es decir, excluyen la prueba de un hecho considerándolo verdadero; las iuris tantum se pueden destruir a partir del establecimiento o demostración de hecho que dicen lo contrario. Las primeras son más difíciles de encontrar.

Ahora bien, cabe indicar que el fundamento lógico de las presunciones reside en que la dificultad de la prueba podría hacer perder muchas veces un derecho, de tal

¹³⁹ Ibidem, 179.

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 60-61.

manera que la obligación de demostrar el hecho que podría destruir la presunción recae sobre quien lo alega y no sobre el que invoca la norma que lo ampara.

Así, por ejemplo, en los accidentes de trabajo se presumen que el obrero no ha tenido culpa en su producción: el patrón debe acreditar una culpa grave para eximirse de indemnizarlo.

Además, hay que considerar que estas presunciones, que se llaman legales porque derivan necesariamente de la ley, no deben ser confundidas con las presunciones simples o del hombre, que se admiten y utilizan frecuentemente en los juicios para averiguar la verdad de un hecho mediante razonamientos deductivos¹⁴¹.

En el caso de la presunción *pater is est*, hemos señalado en capítulos anteriores que es una presunción legal *iuris tantum* pues admite que se pueda desvirtuar. En efecto, esto es objeto de comentario en el siguiente acápite.

3.2 Presunción *Pater is est*: aproximación histórica

El parentesco primitivo se basaba en la pertenencia a un grupo con sus valores religiosos y morales, y se denomina parentesco agnaticio. Luego, cuando las ideas religiosas fueron cambiando y el culto de los antepasados dejó de ser el elemento de unidad del grupo familiar, se dio relevancia al parentesco de sangre.

¹⁴¹ La presunción judicial importa un proceso lógico, un raciocinio, que permite pasar de un hecho conocido a otro desconocido. Generalmente, el razonamiento es de tipo inductivo, por lo que, antes que un medio probatorio, consiste en una actividad intelectual del juez frente a un caso particular, valiéndose de reglas de experiencia, es decir de conocimientos comunes. Para ello, practica un verdadero examen crítico de un hecho, cotejándolo con circunstancias, situaciones y efectos que en un orden normal ocurren de ordinario.

Así, es preciso señalar que la institución familiar en su amplio devenir histórico ha transitado por la familia consanguínea, típica del advenimiento de la civilización que descansaba en el principio de la consanguinidad uterina; luego la denominada familia punalúa y la sindiásmica posteriormente.

La familia sindiásmica es la que da paso a la monogamia patriarcal, en la que se reduce el papel de la mujer a madre y servidora en el núcleo familiar y donde el matrimonio y la familia garantizaban la transmisión hereditaria y la legitimidad de la paternidad¹⁴².

Ahora bien, la presunción de paternidad estaba prevista por el derecho clásico romano, específicamente en el Digesto. Ahí se indica que puede entenderse por padre al que resulte aparentemente del matrimonio legítimo con la madre. Así, se establece:

D.2.4,5: *pater is est quem nuptiae demonstrant* (una excepción digna de tenerse en cuenta es el hecho de alcanzar cargos sacerdotales) frente a la certeza natural de la madre: *mater semper certa est*, y teniendo en cuenta la regla complementaria de que se nace dentro del matrimonio cuando los padres llevan al menos siete meses casados, o cuando se nace antes de los diez meses de cesar el matrimonio”.

Este pasaje representa un importante aporte del derecho romano a la teoría y la historia de la presunción de paternidad legítima. La interpretación que realiza Royo

¹⁴² Zannoni y Bossert. *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 5ta edición, 2000, p. 3

Martínez (citado por Martínez de Moretín) de esta regla es “ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre y es el significado actual”¹⁴³.

En el derecho romano, esta presunción podía ser desmentida por prueba contraria. Sin embargo, conviene mencionar que sus fundamentos se basaban en lo que aún hoy se considera como la base de la presunción de paternidad actual:

1. La fidelidad de la mujer;
2. El nacimiento en el tempus legitimum o el plazo legal de gestación,
3. la cohabitación entre los esposos¹⁴⁴.

En concreto, los fines de estos requisitos buscarían evitar que personas ajenas a la familia levantaran contra la mujer sospechas perturbadoras de las relaciones matrimoniales¹⁴⁵.

Teniendo en cuenta esta información conviene añadir que la presunción de paternidad es una regla que basándose en el principio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), establece legalmente quién es el padre cuando se cumple determinados requisitos¹⁴⁶.

Ahora bien, la legislación civil basada en el Código Civil Napoleónico como la de Latinoamérica y Europa Meridional coincide en considerar a la presunción de paternidad matrimonial como la institución que permite brindar certeza jurídica respecto del título de filiación que se debe atribuir a los hijos nacidos de mujer

¹⁴³ Ibidem, p. 71

¹⁴⁴ Ibidem, p.78

¹⁴⁵ Idem

¹⁴⁶ Ibidem, p.141

casada, cuyo hijo se presume, a partir de esta presunción, como hijo del marido de dicha mujer. Así, reiteramos que la presunción “*pater is est*” que sustenta la filiación matrimonial se basa en la configuración del matrimonio monógamo, que tiene reconocimiento y protección en el derecho peruano y comparado.

Grosman indica que la presunción de la paternidad del marido de la madre obra en un determinado contexto socio cultural; funciona dentro de la familia organizada de acuerdo con el actual modelo legal y constituye un efecto normal del matrimonio monogámico¹⁴⁷.

Así, en la legislación peruana se señala que los cónyuges tienen el deber de cohabitar y de fidelidad mutua, ambos presupuestos para la presunción de paternidad.

Artículo 289.- Deber de cohabitación

Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

Artículo 288.- Deber de fidelidad y asistencia

Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.

¹⁴⁷ Grosman, Cecilia. *Acción de impugnación de paternidad del marido*, Buenos Aires: Editorial Abaco Rodolfo Depalma, 1987, p. 50

A partir de estos presupuestos, Luz Monge señala que la filiación se funda en los deberes de fidelidad y cohabitación de los cónyuges¹⁴⁸. Igualmente, Cecilia Grosman indica que el presupuesto de la presunción de la paternidad del marido es la cohabitación entre los esposos y el respeto de la mujer al deber de fidelidad: presunción positiva de contacto y presunción negativa de infidelidad¹⁴⁹.

Considero que esta concepción del presupuesto de la presunción pater is est puede entenderse en el sentido que plantea Grossman, basado en la fidelidad de la mujer, que a su vez encuentra sentido en el concepto de potestad marital y criterios patrimoniales; o en función de los derechos fundamentales del hijo, un sujeto que necesita de una protección tuitiva en el seno de la familia.

En relación al primero de los conceptos, la noción de potestad marital, que supone el ejercicio de un poder jurídico por parte del marido sobre la persona y los bienes de la mujer casada, es el sustento sobre el que se construye la teoría de la presunción de paternidad matrimonial. Así, la potestad se definía como "el dominio o poder que se ejerce sobre una persona o cosa" y esta idea subyació en toda la normatividad subordinante de la mujer.

En el Código Civil de Napoleón y en la mayoría de los códigos republicanos de América Latina aparecieron dos instituciones jurídicas expresamente tipificadas en la ley bajo la denominación de "potestad". Ellas son la "Potestad Marital" y la "Patria Potestad".

¹⁴⁸ Monge Talavera, Luz. *Presunción de filiación matrimonial*. en: Código Civil Comentado, tomo II, derecho de familia, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 676

¹⁴⁹ Grosman, Cecilia. Op. Cit., p. 47.

La justificación que avala la existencia de ambas radica en la incapacidad de los menores de edad para disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes en razón de su falta de responsabilidad¹⁵⁰.

Por ejemplo, en el Código Civil peruano de 1852 la determinación de los derechos y deberes que nacen del matrimonio se caracterizaba principalmente por la dependencia de la mujer casada respecto de su marido y se le atribuía una capacidad civil disminuida por su condición de mujer casada¹⁵¹. El artículo 175 señalaba que “el marido debe proteger a la mujer y la mujer obedecer al marido”.

Además, siguiendo a Cicu - en el sistema italiano - una muestra o evidencia del ejercicio de la potestad marital radicaba en que el establecimiento de la relación filial entre padre e hijo no se basaba propiamente en la presunción “pater is est”, sino en un acto de voluntad del marido similar al reconocimiento, ya que bastaba una simple negación del marido, quien sin mediar prueba alguna podía negar que el hijo de su cónyuge era suyo, debiendo ser ella, quien en sede judicial, demuestre lo contrario¹⁵².

Esto, más allá de referirse a la presunción de paternidad matrimonial y la inaplicación de la misma en el sistema italiano, refleja el poder que tenía el marido respecto de su cónyuge y los hijos concebidos por ella¹⁵³.

¹⁵⁰ Análisis de la situación de la mujer rural en América Latina, en: <http://www.fao.org/docrep/u5615s/u5615s03.htm>, revisado el 17-09-09.

¹⁵¹ Aranibar Fernández Dávila, Gabriela. *Instituciones del derecho civil-familia*, en: Derecho Civil Peruano, Tomo II, Lima: Fundación MJ Bustamante de la Fuente, 1996, p. 1033.

¹⁵² Cicu, Antonio. *La filiación*, Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho privado, serie B, volumen XIV, 1930, p.54

¹⁵³ Idem.

Otra evidencia del ejercicio de la potestad marital radica en la concepción del deber de fidelidad entre los cónyuges. Por ejemplo, en el Código Civil colombiano de 1887 se señalaba como causal de divorcio “el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido”, lo que significaba que el marido podía tener relaciones ocasionales con otras mujeres, sin constituir esta conducta una causal de divorcio, considerándose una conducta similar, en el caso de la mujer, como supuesto para entablar una acción de divorcio¹⁵⁴.

En mi opinión, este código civil reflejaba la concepción de fidelidad del derecho romano que castigaba severamente el adulterio de la mujer, por cuanto dicha conducta podría suponer la procreación de hijos cuyo padre no era el marido, es decir, ello implicaba “traer sangre extraña al hogar”¹⁵⁵.

En el Código Civil de 1936, sin embargo, el artículo 159 establecía que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”, norma que luego ha sido reproducida de forma literal en el Código Civil de 1984.

Ahora bien, el tratamiento jurídico brindado a la potestad del marido respondía a un contexto social e histórico que exigía asegurar una forma de producción y definición de la propiedad que para ser atribuida al varón y su descendencia, precisaba normar la capacidad de disposición de los bienes por parte de la cónyuge, así como también determinar la filiación de los hijos concebidos por ella.

¹⁵⁴ Franco Gómez, Gloria Inés y María Cristina Vivas de Cerón. *La potestad marital, la patria potestad y la autoridad paterna como factores de igualdad jurídica entre varones y mujeres*, Tesis de grado para obtener el título de doctora en ciencias jurídica, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1978, p. 85

¹⁵⁵ Idem

Así, es evidente que en el sustento de la presunción también se incluyen fundamentos económicos. Al respecto, Engels señaló que la presunción *pater is* est se basaría en la noción de familia monogámica que, a su vez, se funda en el poder del hombre para procrear hijos de manera cierta. Esa paternidad se exige en la medida que esos hijos tendrán calidad de herederos directos y han de entrar en posesión de los bienes de la fortuna paterna¹⁵⁶.

Igualmente, Grosman indica que “la familia constituía una unidad económica productiva y de consumo, con funciones de gobierno, religiosas, educativas, de recreación, etc, donde el niño era preparado para la continuación de dicha unidad, por lo cual, la salida del hijo no podía ser simple”¹⁵⁷.

Sin embargo, además de la finalidad de garantizar el derecho de propiedad de la familia, cuyo jefe era el marido, la presunción de paternidad matrimonial suponía la protección del derecho al honor familiar que bien podía considerarse como el derecho al honor del marido, siendo él quien representaba social y jurídicamente a su cónyuge y sus hijos.

Así, la presunción de paternidad matrimonial que pretendía brindar certidumbre respecto de la filiación que correspondía a los hijos nacidos dentro del matrimonio, tenía como centro de protección al marido y los derechos económicos y subjetivos que le eran atribuidos¹⁵⁸. Entre ellos, su derecho al honor.

¹⁵⁶ Engels, Federico. *El origen de la familia*, Buenos Aires: Claridad, 7ma edición, 1964, p. 70

¹⁵⁷ Grosman, Cecilia. *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁵⁸ Zannoni y Bossert. *Ob cit.* p. 29

Así, cualquier controversia surgida respecto de la paternidad de los hijos procreados por su mujer, correspondía exclusivamente a él, en razón del principio que sólo el marido puede desconocer a los hijos nacidos de ella. El sistema jurídico no podría permitir que la posición del marido al interior de su familia se vea expuesta a acciones públicas que fueren iniciadas por terceros que pretendieran atribuirse la paternidad de un hijo que no podía ser arrancado de una familia constituida en base a la institución del matrimonio.

Al amparo de esta lógica, la doctrina ha ensayado teorías que sustentan la presunción de paternidad. Por ejemplo, Varsi las enumera de la siguiente manera:

- a. Teoría de la accesión.- Se basa en la propiedad del marido sobre la esposa y por lo tanto, del fruto de ésta, el hijo. Esta idea se mantuvo en la edad media, donde recibió el nombre de teoría dominical.
- b. Teoría de la vigilancia.- Dada la potestad del marido de vigilar a su mujer, los hijos de esta, deben atribuírsele.
- c. Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa.- Es una presunción de inocencia frente a delito de adulterio, pues se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.
- d. Teoría de la cohabitación exclusiva.- La presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva, propia de la relación conyugal. Se une a la presunción de fidelidad.
- e. Teoría de la admisión anticipada.- Parte de considerar que el matrimonio en tanto acto voluntario, supone que el marido de forma anticipada admite en su familia los hijos que nazcan de su mujer.

En atención a estas teorías, habría que señalar que su contenido se encuentra desfasado. A la luz del rol de los cónyuges dentro del matrimonio, no podría sostenerse ninguna de estas tesis, que se basan en la preeminencia del marido sobre la mujer o la postestad marital. Hemos indicado que la igualdad de los cónyuges es un principio del ordenamiento peruano y que el supuesto basado en que la mujer funge de hija del marido ha sido desechado a la luz de la perspectiva de género y del derecho a la igualdad.

Antes bien, si se va a seguir considerando o promoviendo la institución que comentamos en nuestro ordenamiento, otros debieran ser los argumentos que sustenten su utilidad. Creo que ello podría ser posible si es que variamos su objeto de protección y sus fundamentos. En las líneas que siguen expondré algunas razones que me permiten apuntar hacia ello.

3.3 La presunción pater is est en la actualidad: su utilidad para la protección del derecho a la identidad del niño/a

Una primera impresión que nos dejan las teorías a las que hemos hecho referencia, nos puede llevar a afirmar que la presunción pater is est resulta obsoleta en nuestros tiempos. En contraste con lo mencionado, considero que en el presente la presunción pater is est sí cumple un papel relevante en el reconocimiento de derechos. En concreto, “satisface una necesidad social: que el niño cuente con un padre cierto desde el momento mismo del nacimiento”¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 50

En efecto, la presunción protegería el derecho a la identidad del hijo, antes que la protección de la familia. Si bien el derecho a la identidad y el principio de protección de la familia tienen sustento constitucional, creemos que la presunción “*pater is est*” debiera proteger el derecho del niño.

Y es que tenemos que tener en cuenta que la noción de familia como institución permanente integrada por personas cuyos vínculos derivan del matrimonio y el parentesco, ha evolucionado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan la existencia de modelos de familia alternos al tradicional, basado en el matrimonio, la filiación y el parentesco¹⁶⁰. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la familia, en tanto instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales¹⁶¹.

“Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*”¹⁶².

¹⁶⁰ Zannoni y Bossert. Ob cit. p.6

¹⁶¹ STC, expediente N° 09332-2006-PA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 6 de febrero del 2008, FJ.7

¹⁶² Idem

En ese sentido, hemos mencionado en capítulos anteriores que el principio de protección de la familia reconocido en el artículo 4 de la Constitución de 1993, adquiere dimensiones más amplias, pues admite una interpretación que va más allá de la concepción canónica y tradicional de este instituto social y jurídico.

Ahora, esta flexibilización del concepto de familia nos lleva a tener un punto de encuentro con el concepto de filiación. Inicialmente, la familia se concebía en razón del matrimonio y en consecuencia los hijos nacidos en su interior eran parte de ella necesariamente y gozaban de la protección del pater familias¹⁶³. Así, la filiación en gran medida atendía la protección del interés familiar¹⁶⁴, cumpliendo una función garantista sobre la institución de la familia.

Por ejemplo, Zannoni señala que la determinación de la filiación responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde¹⁶⁵.

Este autor relaciona a la institución de la filiación con el derecho a la identidad del hijo, como miembro de la familia a la que el sistema jurídico debe proteger. En ese sentido, el derecho del niño a la identidad, que le corresponde en tanto sujeto de derechos, es más bien invisibilizado y el establecimiento de la filiación matrimonial tiende a proteger a la institución de la familia (matrimonial) antes que al niño.

¹⁶³ Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*, tomo I, 3era edición: Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 12

¹⁶⁴ Mizrahi, Luis Mauricio. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 96.

¹⁶⁵ Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*, tomo II, 3era edición: Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 319

Ello tiene sentido, si tomamos en cuenta que el desarrollo histórico de los derechos del niño y la consideración de los mismos como sujetos de derecho por parte del derecho constitucional e internacional que influyen el derecho civil es de reciente data.

De esta forma, considero que la filiación, en efecto, se encuentra vinculada al derecho a la identidad del niño, tal y como se hace patente en los casos de filiación extra matrimonial. Sin embargo, la relación filiación-identidad-interés familiar que plantea algún sector de la doctrina debiera reformularse. En mi opinión, la protección del derecho a la identidad no debiera considerarse un medio para garantizar el interés familiar, sino que se configura como un derecho fundamental de carácter autónomo a la institución de la familia, y en consecuencia, al interés familiar.

Es decir, para proteger el derecho a la identidad del hijo, es preciso concebir el interés familiar como aquél que permita la vigencia de los derechos de los miembros que se consideran parte de una familia, privilegiándose entre ellos al niño en razón del interés superior.

En efecto, la independencia de ambos conceptos se acentúa cuando nos encontramos ante un supuesto de conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el supuesto interés familiar de la familia matrimonial.

Cuando la realidad de los hechos obliga a relativizar el interés familiar basado en la familia matrimonial, que presupone que la familia como colectivo subordina los derechos de sus miembros en función de la misma, se da paso a una concepción de

familia más amplia, que no necesariamente responde a la lógica de cónyuges e hijos matrimoniales. Este tema será objeto de discusión en un acápite posterior.

El niño adquiere un papel central como sujeto de protección de la presunción pater is est. En efecto, el derecho a la identidad del hijo se encuentra garantizado mediante la aplicación de dicha presunción. El hijo de la mujer casada tendrá un vínculo paterno filial ya establecido por la ley y en consecuencia, el nombre y el contenido de la identidad que se deriva del título de estado adquirido resultan garantizados.

Entonces, cuando la pareja cumple con los deberes de cohabitación y fidelidad, que se derivan de la institución matrimonial y que fundamentan la presunción pater is est, su aplicación y vigencia opera efectivamente, cumpliendo con garantizar el derecho a la identidad del hijo.

A su vez, la presunción exime a la mujer casada de requerir el reconocimiento por parte de su marido, para cada hijo concebido y alumbrado por ella, es decir, la dispensa de la obligación de probar que sólo cohabitó con su marido y que éste resulta el padre de su hijo.

De esta forma, en los casos en que existe un matrimonio establecido en cumplimiento de los deberes jurídicos de cohabitación y fidelidad, la presunción garantiza que haya un correlato entre el origen biológico y la investidura legal que rodea a la filiación matrimonial.

En ese sentido, el derecho a la identidad garantizado por medio de la presunción “pater is est” además de dar certeza sobre el derecho al nombre, permite el establecimiento de relaciones familiares entre el padre y el hijo a partir del vínculo biológico juridificado que los une.

Y es que si el código civil napoleónico estableció la prohibición de la investigación de la paternidad, con la finalidad de mantener la tranquilidad del hogar y evitar las demandas que tenían por objeto lesionar la honra y el honor del marido o del imputado como supuesto padre. Actualmente, se intenta que la determinación jurídica de la paternidad tenga consonancia con la realidad biológica¹⁶⁶: es decir, se intenta que “la filiación que detenta el niño corresponda con la que genéticamente está inscrita en su cuerpo”¹⁶⁷.

En líneas generales, la presunción pater is est, si bien tiene vigencia en el ordenamiento y cumple una función importante para la determinación del vínculo de la filiación, también es cierto que ella debe adecuarse a los principios constitucionales también vigentes en el ordenamiento.

Bajo esta consideración, la presunción pater is est se encuentra delimitada por un concepto de familia que protege a sus individuos y sus derechos por encima de cualquier aspecto o situación que impida su libre desarrollo, es decir, el derecho a la identidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad son los principios protegidos de manera primordial por la figura en estudio.

¹⁶⁶ Pizarro Wilson, Carlos. *Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la ley 19 585*, en: *Ius et Praxis*, año/volumen 5, n° 002, Universidad de Talca, Chile, p. 5, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19750202.pdf>, revisado: 17-09-09

¹⁶⁷ Idem

3.4 La presunción pater is est y su no contradicción con el principio de igualdad y unidad de las filiaciones

Otro tema al que debemos hacer referencia en esta investigación es el de la compatibilidad de la presunción pater is est con el principio de unidad de las filiaciones, que se sustenta en el principio de igualdad.

En concreto, hemos señalado que el principio de la igualdad implica tratar igual a lo que es igual y desigual a lo que es diferente. Ello nos ha permitido sustentar la igualdad de los hijos en torno a los derechos y obligaciones que se derivan del establecimiento de la filiación.

Ahora bien, en relación al establecimiento de los criterios para fijar la filiación, existen diferencias tangibles que se derivan del hecho que se haya celebrado un matrimonio entre los padres respecto de otra situación que no se sustenta o tiene como presupuesto a dicha institución.

Ahora bien, esta afirmación es una cuestión distinta a la protección de la familia como principio constitucional. Hemos afirmado que el concepto constitucional de familia no queda constreñido a la familia de origen matrimonial, por mucho que esta sea una forma relevante de organización de nuestra vida en sociedad.

Así, si bien mantenemos este criterio, podríamos decir que, aunque se reconocen distintos tipos de familia, el matrimonio, la unión de hecho y otras formas de relación

entre parejas no son a todos los efectos "realidades equivalentes". En efecto, en la medida que se generan consecuencias diferentes de una u otra figura, el legislador no tendría porque otorgar paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes entre una institución jurídica y otra.

La figura del matrimonio generará una serie de diferencias estructurales entre la filiación que se deriva de ella y de la que no deviene de esta. En efecto, Corral Talciani señala que, más allá de la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial o no matrimonial, existe una diferencia entre ambas¹⁶⁸.

En efecto, hay una presunción de que el hijo de un matrimonio nace en el seno de una comunidad que existe entre sus padres, los que tienen compromisos jurídicos asumidos al momento de contraer nupcias. En la medida que el matrimonio es una unión monógama, es lógico que se establezca una presunción como la que hemos venido estudiando. En ese sentido, ella es válida más aun cuando lo que protege es el derecho a la identidad del hijo.

Si bien es cierto, la realidad da cuenta de las dificultades que se generan en torno al derecho a la identidad cuando el hijo de la mujer casada no es del marido, la solución para enfrentar estas situaciones no pasa por la eliminación de la presunción pater is est; en todo caso como propondremos más adelante, se debe ampliar el conjunto de sujetos legitimados para impugnarla.

En relación con el hijo de filiación no matrimonial, la presunción no se generará, ya que aunque ambos padres estén determinados ellos no tienen deberes entre sí ni forman, ante el Derecho una comunidad ni tampoco están obligados a formarla o mantenerla.

Ahora bien, proponer la eliminación de la presunción *pater is est* resultaría más gravoso que mantenerla, pues se generaría inseguridad jurídica para el hijo de padres casados y la filiación dependería de la voluntad del padre. Creo que en ese sentido, se desnaturalizaría la finalidad del matrimonio que entre ellos implica proteger los derechos y promover el desarrollo pleno de cada uno de sus miembros.

En atención a la supuesta discriminación que se generaría a partir de la vigencia de la presunción *pater is est*, creo que podemos señalar que ello no se deriva del análisis y comparación entre dos situaciones como la del matrimonio, la unión de hecho y otro tipo de relaciones entre los padres que no son idénticas *per se*.

En efecto, la presunción *pater is est*, lejos de ser desechada también se ha intentado derivar de las uniones de hecho. Así, en el derecho comparado existe una tendencia a que esta se aplique al compañero de la madre, siempre que la pareja cumpla con los requisitos para ser considerados como una unión de hecho.

En ese sentido, considero que es válido mantener la presunción *pater is est*, y la tarea del legislador peruano o del juez que aplique el derecho es hacer extensiva la figura a los casos en que lo amerite, como sucede con las uniones de hecho.

En relación con los hijos nacidos de una pareja que no tiene vínculo matrimonial, mi opinión es que debe mantenerse la figura del reconocimiento.

Es cierto sin embargo, que una distinción basada en títulos de “hijo matrimonial” o “hijo extramatrimonial” sigue siendo odiosa y podría llevarnos a asumir la misma como trato desigual ante la ley; en ese sentido, podría optarse por eliminar dichos nombres, pero en esencia, seguir manteniendo la aplicación de la distinción.

3.5 Apuntes sobre las causales de impugnación de la presunción pater is est

Habiendo admitido la viabilidad de la presunción pater is est en nuestro ordenamiento, considero que podemos evaluar la configuración actual de la misma, sobre todo en lo que atañe a las causales de impugnación.

Como he señalado, la presunción de paternidad desde sus orígenes se ha construido a partir de su refutabilidad.

La impugnación de la paternidad matrimonial, para el objeto de este estudio, debe entenderse como “aquella que tiene por objeto la declaración judicial de que una concreta filiación acreditada por el título que se impugna no coincide con la realidad biológica”¹⁶⁹.

En el derecho comparado y el derecho peruano se establecen las causales de impugnación de la paternidad. En el artículo 363 del Código Civil peruano establece taxativamente que:

¹⁶⁹ Cordero Cutillas, Iciar. La impugnación de la paternidad matrimonial, España: Universitat Jaume I, 2001, p. 121.

“El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

Sobre la primera causal se ha establecido que es una causal de simple negación de paternidad. Bastaría con acreditar que el hijo ha nacido antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

De acuerdo al artículo 370 y a la doctrina nacional, el hijo tendría que probar que sí existe un vínculo con el marido de su madre. La mujer tiene la carga de la probanza, respecto a que el marido tuvo conocimiento de la preñez o admitió expresa o tácitamente que el hijo era suyo o que el hijo ha muerto conforme al 366 del Código Civil.

En este caso, en concordancia con el artículo 361, no es que se destruya la presunción pater is est con la demanda del marido y su mención al nacimiento antes del periodo establecido, sino que se torna más débil.

En relación a la causal basada en la separación judicial al momento de la concepción, ella sería una causal de simple negación, ya que bastaría al marido probar con la mera presentación de copias certificadas de la resolución judicial de separación, más la partida de nacimiento del hijo, para que su demanda sea amparada (artículo 370 CC.).

Cornejo indica que si excepcionalmente la mujer alega que a pesar de haber estado separados judicialmente, los cónyuges cohabitaron en el periodo de la concepción - los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento-; o que los cónyuges se reconciliaron después de la resolución de separación y el marido conocía del embarazo de la mujer o admitió tácita o expresamente que el hijo era suyo conforme a lo establecido en el artículo 366 del Código Civil, la mujer debe probar y resurge la presunción de paternidad.

Esta causal se basa en el hecho que durante la separación judicial no existe el deber de “débito conyugal” entre marido y mujer, ya que el efecto principal de este hecho es la suspensión del deber de cohabitación.

Además, este inciso presentaría una complicación ya que no tiene respuesta cuando hay duda respecto del momento de la concepción. De hecho, si el niño nace después de los 300 días de iniciada la separación, entonces la concepción ocurrió durante ella; pero si el niño nace pasados los 180 días y antes de los 300 días de

iniciada la separación habrá dudas sobre si el hijo fue concebido antes de la separación o durante ésta. Este punto, dice Cornejo Chávez, se resuelve atendiendo a la prueba que se actúe ante el juez¹⁷⁰.

Respecto a la imposibilidad de cohabitación, la prueba corresponde al marido (artículo 370 del CC.). De acuerdo a Cornejo Chávez¹⁷¹, ésta es una típica causal de impugnación de paternidad. Igualmente, lo sugiere Bustamante Oyague¹⁷². Aquí, las justificaciones de la contestación del marido son amplias, vale establecer o probar la ausencia, la enfermedad, el accidente, la privación de libertad, entre otros.

En relación al caso de impotencia absoluta, aunque es un caso que se podría encontrar subsumido en el inciso 2° del artículo 363, el legislador lo estableció como una causal específica. Este es otro caso de impugnación de paternidad, cuya prueba corresponde al marido tal y como lo establece el artículo 370 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 363 excluye como causal de impugnación el adulterio de la mujer o el ocultamiento del embarazo como sí lo admitía el artículo 222, inciso 24 del Código Civil de 1936. Mediante esta causal, se sostiene que el marido se encontró en una absoluta imposibilidad física de mantener relaciones sexuales con su mujer en el período de la concepción.

¹⁷⁰ Cornejo Chávez, Héctor. Op. Cit., pp. 380-381.

¹⁷¹ Ibidem, p. 382

¹⁷² Bustamante Oyague, Emilia. Comentario al artículo 363 del Código Civil, en: Código Civil Comentado, comentan 209 especialistas en materias de Derecho Civil, tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 2da edición, 2007, p. 471

Por otra parte, la ley N° 27048 del año 1999 referida a la aplicación de las pruebas biológicas o genéticas, concretamente la del ADN, incorporó al artículo 463 del Código Civil este examen como una quinta causal, o quinta presunción de inexistencia del vínculo parental o genético, el que se habrá de demostrar mediante la actuación de la prueba del ADN o de otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Ahora bien, tal es el grado de certeza que la Ley N° 27048 atribuye a la prueba del ADN, que es susceptible de desvirtuar cualquiera de las 4 causales o presunciones del artículo 363 del Código Civil, facultando al juez para desestimarlas en el supuesto que aquella prueba genética demuestre lo contrario. Esto es, aún en los casos que se haya probado los hechos sustentatorios de aquellas cuatro presunciones, el juez establecerá la existencia de vínculo parental genético entre el hijo alumbrado por mujer casada y su marido y resultará consecuentemente infundada la acción de negación o impugnación de la paternidad matrimonial.

Entonces, a la luz de las pruebas científicas que producen certeza respecto de la existencia o no de una relación filial, nos preguntamos: ¿son válidas, a la luz de los avances científicos, los plazos establecidos como causales de impugnación en el Código Civil?

Pues no, considero al ADN como medio de prueba que desplaza las causales en mención, siendo el criterio del juzgador o de quien aplique la norma en función del interés superior del niño quien determinará la constitución de un vínculo de filiación o su desplazamiento.

Al respecto, el acuerdo N° 5 del Pleno Nacional Jurisdiccional de 1999 señala que la prueba de ADN es en efecto una prueba y no una causal de filiación.

“Que pese a que el artículo 402° del Código Civil, mediante la modificación dispuesta por la Ley N° 27048, indebidamente considera al ADN como causal de filiación extramatrimonial, el Juez debe considerarla como una prueba.

Que el ADN debe ser considerado como una prueba de carácter pericial, porque es un mecanismo mediante el cual se va a lograr la certeza de la filiación.

Que el ADN no puede ser considerado como causal, pues lo que aporta al proceso es la evidencia biológica.

El Pleno por unanimidad acuerda que: el Juez debe considerar al ADN como una prueba”.

Ahora bien, habría que determinar si el ADN funciona como una prueba abierta o sólo está vinculada a las causales mencionadas en el 363, es decir, si sirve únicamente como medio de prueba de estos cuatro supuestos.

Sobre el punto, considero que el sistema de impugnación de la paternidad debiera considerarse abierto, y por tal motivo, las causales planteadas en el artículo 363 carecerían de sentido. Ante la existencia de una prueba tan fuerte como la biológica, creo que no hay supuesto establecido por el legislador que valga; por eso, el inciso 5 abre las puertas para eso y deja obsoletos los primeros cuatro.

Aunque el carácter taxativo del artículo 363 buscaría proteger la intimidad de los hogares, alejándolos de los escándalos pero ponderando los intereses del hijo y su

derecho a tener una filiación que concuerde con la verdad biológica, el sistema de impugnación debiera ser abierto.

En efecto, comparto lo que establecen Varsi y Siverino respecto del hecho que en la actualidad, la aparición de medios científicos para identificar y comprobar el momento exacto de la concepción permiten dejar de lado los criterios de incertidumbre de la paternidad sustentados en el conteo de los plazos y del establecimiento de presunciones¹⁷³ que, a la luz de los tiempos, pueden ser destruidas por una realidad biológica inminente.

De hecho, los cuatro incisos mencionados tenían razón de ser cuando no existía certeza en los plazos y en la aplicación de los mismos. La realidad puede rebasar los mismos y ante la objetividad y fiabilidad de las pruebas genéticas, éstas cumplen adecuadamente con las expectativas para fijar un vínculo biológico.

En esa línea de razonamiento, considero que las causales antes mencionadas debieran derogarse, para dar paso a un sistema de impugnación de la paternidad que se sustente en medios de validez científica¹⁷⁴.

¹⁷³ Varsi Rospigliosi, Enrique y Paula Siverino, Comentario al artículo 361 del Código Civil, en: Código Civil Comentado, comentan 209 especialistas en materias de Derecho Civil, tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 2da edición, 2007, p. 464.

¹⁷⁴ Véase propuesta de modificación del artículo 363 del Código Civil en la página 243.

3.6 El plazo para impugnar la paternidad matrimonial

Otro punto relevante en relación a la impugnación de la paternidad matrimonial que, sin duda, revela la necesidad de modificar o adecuar la institución conforme a los principios constitucionales, es el tema de los plazos para interponer una demanda de este tipo.

Este tema ha sido objeto de análisis y control normativo en el ordenamiento peruano y el derecho comparado. De acuerdo a Varsi, el artículo 364 fija las mismas fechas del Código Civil de 1852 (art. 223) y del Código Civil de 1936 (art. 302), que se ampararon en el Digesto (lib.XXV, tit.III, ley 1, §14). Así, para el autor, el artículo 364 Código Civil establece un plazo cuyo cómputo se inicia desde el día siguiente:

“1) Al parto, si estuvo presente en el lugar o, 2) A su regreso, si estuvo ausente. Independiente del derecho de pernada y del ius prima noctis, el fundamento es que existiendo matrimonio, fidelidad de por medio, corresponde al marido estar al tanto de lo acontecido sexual y biológicamente por su mujer, situación para nada fidedigna”¹⁷⁵.

Estos supuestos, de acuerdo al mismo autor, se habrían basado en la ausencia física del marido que era común por épocas de campañas, conquistas, guerras y viajes prolongados (en fin), llevando al hombre a dejar a su mujer por largos períodos¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique. Incaducibilidad de las acciones de filiación, disponible en: <http://www.enriquevarsi.com/2007/07/incaducibilidad-de-las-acciones-de.html>, revisado el 24-03-2010.

¹⁷⁶ Idem

Ahora bien, para Varsi y Espinoza, la presencia física del marido no debiera ser lo que determina la procedencia para la acción de impugnación de paternidad¹⁷⁷, sino que debe primar la configuración de la situación en la que se constata que el marido no es el padre, como es el supuesto de una prueba de validez científica.

Así, en el ordenamiento peruano, el Poder Judicial y vía interpretación habría establecido la inconstitucionalidad del plazo para interponer una demanda de impugnación de paternidad matrimonial.

Por ejemplo, la Corte Suprema del Poder Judicial peruano ha señalado que el plazo de 90 días que establece el artículo 364 puede resultar atentatorio contra los derechos de los individuos que se encuentran vinculados por la presunción pater is est.

“Noveno: Que las normas legales reguladoras del derecho de familia deben interpretarse y aplicarse a la luz de una perspectiva constitucional y de derechos humanos, que desde ésta no es comprensible dar fuerza legal a una situación controvertida que afecta los derechos de un niño...

*Décimo: **Que, ... no resulta de aplicación el plazo dispuesto en el artículo trescientos sesenticuatro del Código Civil, por cuanto una interpretación extensiva del mismo... importaría la afectación de derechos sustanciales del menor ... como es el derecho de filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar***

¹⁷⁷ Espinoza Espinoza, Juan: “El acto jurídico a través de la jurisprudencia”, en: Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Vol.10, No. 74, noviembre de 2004, pp. 94 y 95.

del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad. Derechos contemplados en nuestra norma constitucional en el inciso primero, artículo segundo de la Constitución Política del Perú; así como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos tales como el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y particularmente la Convención sobre los Derechos del Niño”.

*Decimoprimeramente: Que, por tanto, atendiendo a la jerarquía normativa, la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma de orden procesal o sustantiva...*¹⁷⁸.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que establecía el plazo de un año para impugnar la paternidad matrimonial en el sentido que no prevé el supuesto del desconocimiento del padre.

En efecto, de acuerdo al TC español, el artículo 136 del Código Civil español configura la dimensión temporal del ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial mediante tres reglas: fijando un plazo para su ejercicio (un año), señalando como dies a quo de ese plazo la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil y, finalmente, exigiendo para que comience a correr el referido plazo que quien ha sido reputado legalmente como padre conozca el nacimiento del hijo.

¹⁷⁸ Sentencia de la Sala de Familia (Exp. 3041-2004), del 3 de diciembre de 2004

Sin embargo, lo que se cuestiona es que el legislador no prevea, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo.

Para el TC, el hecho que la ley se refiera únicamente al marido que desconoce el nacimiento del hijo, excluye al sujeto que, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal. Sobre el punto, el TC ha indicado:

(...) En el presente caso el art. 136 CC. cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE.) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que no responde a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC.), que siendo inicialmente iuris tantum (ATC. 276/1996, de 2 de octubre, FJ. 4) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción iuris et de iure, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 9.2 CE.) y, por extensión, con la dignidad

de la persona (art. 10.1 CE.), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE.) en su dimensión de acceso a la jurisdicción¹⁷⁹.

Asimismo, en Argentina, ya he indicado que algunos fallos refieren la inconstitucionalidad del plazo establecido para la impugnación de la paternidad por el marido. De hecho, se puede mencionar al menos dos fallos en los que se plantea la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil.

En Córdoba, la Cámara de Familia de Córdoba resolvió un caso en el que se promovió una acción de impugnación de la paternidad matrimonial a pesar de haberse producido la caducidad prevista en el artículo 259 del Código Civil argentino, planteándose la inconstitucionalidad de dicha norma.

Al respecto, la Cámara sustentó la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil argentino al contradecir normas constitucionales y Tratados Internacionales impidiendo al padre accionante el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, lo que es arbitrario e importa una restricción al derecho al acceso a la justicia¹⁸⁰.

Asimismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Buenos Aires), en mayo del 2005, falló que aún cuando haya transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 259 del Código Civil no corresponde rechazar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial incoada por el padre legal del niño, si en el marco de

¹⁷⁹ http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=238, revisado el 24-03-2010.

¹⁸⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique. Incaducibilidad de las acciones de filiación, disponible en: <http://www.enriquevarsi.com/2007/07/incaducibilidad-de-las-acciones-de.html>, revisado el 24-03-2010.

dicha acción se realizó un estudio de ADN del cual surge que aquél no es hijo del actor.

La Cámara en cuestión señala que la norma es discriminatoria para el padre en relación con el hijo, ya que éste tendría una acción imprescriptible, además se afectarían el derecho a la defensa y de propiedad del padre. Sobre lo primero, el voto de Grosso indicó:

Al revisar desde la óptica constitucional la norma cuestionada, puede advertirse que la limitación temporal para en el ejercicio de la acción no pesa sobre el hijo y ello afecta otro derecho fundamental; tal es la igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional y Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 1,2,7 y 10; Declaración Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 1 y 24). Ello, pues la titularidad y ejercicio de los derechos potestativos reclama el mismo respeto para ambos términos de la relación por ser esencialmente recíproca, sin que esto se vea afectado por los diferentes roles que toca desempeñar a padres e hijos¹⁸¹.

Respecto al plazo para impugnar, se entiende que el mismo tiene razón de ser en la necesidad de favorecer la filiación matrimonial y en el hecho de no prolongar la situación de incertidumbre respecto del hijo. Sin embargo, considero que el mismo debiera ser imprescriptible. La discusión en torno al plazo ha respondido en gran medida a la discrecionalidad del legislador, en todo caso, éste debiera tener en

¹⁸¹ Cámara de Familia, 1 ° Nominación, Córdoba (Argentina), 23/10/2002, en: La Ley, 2003-C, p.299.

cuenta la posibilidad de hacer prevalecer la verdad biológica como elemento esencial de la identidad.

En ese sentido, es importante que el padre pueda tener abierta la posibilidad de impugnar la paternidad en cualquier tiempo y, en esa misma lógica, que debiera dejarse de lado los plazos impuestos por el legislador que han servido para establecer la validez de la presunción pater is est, ya que en el fondo siempre serán desvirtuados por la prueba de ADN.

Varsi da cuenta de la ley alemana, que en su momento estableció un plazo de 2 años para accionar la impugnación, el que se inicia “desde que el impugnante tenga conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad”. El autor se adhiere a esta configuración en la medida que esta disposición no hace depender la capacidad para impugnar la paternidad de la ausencia, alejamiento o falta de presencia del consorte¹⁸², sino plantea que el plazo de la impugnación no debiera sustentarse en la ausencia del marido.

Igualmente, la acción de impugnación de paternidad matrimonial en Brasil es imprescriptible, tal como lo he mencionado en el capítulo 2 de este documento. En efecto, el artículo 1601 del Código del 2002 establece lo siguiente:

“Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

¹⁸² Varsi Rospigliosi, Enrique. Incaducibilidad de las acciones de filiación, disponible en: <http://www.enriquevarsi.com/2007/07/incaducibilidad-de-las-acciones-de.html>, revisado el 24-03-2010.

Por su parte, el artículo 73° del Código de Familia de Costa Rica de 1973 no admite plazo para interponer la acción. Esta puede intentarse en cualquier tiempo, pero admite la excepción “salvo que el hijo estuviere en posesión constante de estado de hijo siendo el plazo de caducidad de un año”.

Sobre el punto, entonces es necesario que el legislador genere una reflexión sobre el tema y adecue el supuesto del artículo 364 conforme a los avances de la legislación comparada. En ese sentido, comparto la propuesta de Varsi al respecto, ya que considera que las acciones de filiación son imprescriptibles. En concreto plantea:

“Las acciones de estado de familia son imprescriptibles e irrenunciables, la ley regula expresamente los casos de extinción de las mismas vía caducidad”.

3.7 Sujetos legitimados para impugnar la presunción de paternidad matrimonial o pater is est en el Código Civil de 1984

i. Marido de la madre

En el ordenamiento peruano, es el marido el legitimado para impugnar la paternidad matrimonial y refutar la presunción de paternidad que impone el ordenamiento peruano. Dicha legitimación es excluyente y cuasi exclusiva, lo que puede generar un conflicto de derechos o más bien la afectación de los derechos del hijo –en concreto, el derecho a la identidad-.

Artículo 367.- Titularidad de la acción contestatoria

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido.

ii. **Herederos del marido** (principio patrimonialista de la legitimación)

Asimismo, los herederos del marido, cuando éste ha muerto, pueden impugnar la paternidad del hijo considerado matrimonial. La legitimación que otorga la ley se fundaría en el derecho a proteger el patrimonio y la herencia que ha dejado el padre, lo que a fin de cuentas tiene un sustento en la protección de la masa hereditaria - carácter patrimonial - que corresponde a los derecho-habientes.

En efecto, el 367 del CC señala respecto de la titularidad de la acción constestatoria que también pueden iniciarla los herederos o los ascendientes del marido fallecido.

“(…) Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado”.

3.8 Necesidad de ampliar el universo de los sujetos legitimados para impugnar la presunción pater is est

Frente a este universo de sujetos legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, conviene preguntarnos si ello va de la mano con la concepción u objeto de protección de dicha presunción. En efecto, se ha dicho que a la luz del derecho constitucional y la protección tuitiva que otorga el derecho de familia a los hijos, el objeto principal de protección de tal instituto es el derecho a la identidad del hijo de mujer casada y en ese sentido, el sujeto directamente vinculado por tal presunción no solo es el padre o marido sino principalmente el hijo.

Ahora bien, resulta coherente, entonces, que si la esfera de derechos del hijo de mujer casada es la que se encuentra directamente afectada por la presunción que venimos estudiando, éste tenga la posibilidad de refutarla, sobre todo teniendo en cuenta si ésta no es absoluta y admite prueba en contrario. Ello cobra razón de ser cuando la presunción no se corresponde con la realidad y termina afectando el derecho a la identidad del hijo que en sus componentes incluye a la verdad biológica.

Asimismo, se refuerza en el hecho que un derecho fundamental - como el derecho a la identidad - se caracteriza por tener una relación directa con lo que denominamos GARANTÍA. Así, no sería posible referirse a un derecho, si éste no cuenta con una garantía que permita prevenir, sancionar o reparar las afectaciones a la esfera del individuo.

En la doctrina peruana, Plácido ha referido que el hijo de mujer casada cuyo padre no es el marido de la madre, se enfrenta a una situación en la que se pondera la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii)¹⁸³.

Asimismo, autores como Muro Rojo y Rebaza Gonzales señalan que la posibilidad del hijo matrimonial para contestar la paternidad debiera ser admisible en el ordenamiento peruano. En efecto, asumen que ello se basa en criterios como:

¹⁸³ Plácido Vilcachagua, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (5), disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274>, revisado el 20-11-09.

1. El nexo biológico es un presupuesto del instituto de la filiación;
2. El derecho a indagar la paternidad se encuentra íntimamente ligado con la naturaleza humana y el derecho a la identidad;
3. La igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales - principio constitucional -, entre otros¹⁸⁴.

Igualmente, siguiendo a Arias Schreiber, quien preparó un proyecto de reforma del libro de familia tomando como referencia el anteproyecto del libro III sobre derecho de familia promovido por Lourdes Flores Nano en 1997, los comentarios del autor y de otros miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, se plantea modificar el artículo 367 de la siguiente manera:

“Pueden contestar la paternidad:

- a. El marido*
- b. La madre*
- c. El hijo*
- d. El presunto padre*

Si ellos hubiesen muerto, sus herederos y ascendientes pueden iniciarla y, en todo caso, continuar el juicio si se hubiese iniciado.

En tales casos, el juez dispondrá el estudio de ADN o cualquier otra prueba genética o científica de igual validez, a fin de determinar la paternidad”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Muro Rojo, Manuel y Rebaza Gonzáles, Alfonso. Legitimación de la acción contestatoria, en: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 699-700.

¹⁸⁵ Arias Schreiber, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, tomo III, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 563.

De otro lado, si atendemos al principio de unidad de la filiación que implica la equiparación de derechos y obligaciones entre los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos matrimoniales, nos encontramos ante una situación que rompe con este principio consagrado en el ordenamiento jurídico peruano - establecido en la Constitución y los Tratados Internacionales -.

En efecto, el Código Civil reconoce al hijo extramatrimonial la posibilidad de iniciar una acción de reclamación de paternidad para proteger sus derechos en el marco de un proceso de filiación y también de desconocimiento de paternidad.

En este último caso nos referimos al artículo 399 que se ha titulado “impugnación del reconocimiento” que establece que el hijo extramatrimonial tiene legitimidad para impugnar el reconocimiento que hubiere realizado su supuesto padre. En efecto, el mencionado dispositivo menciona lo siguiente:

“El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”.

Sobre esta norma conviene mencionar que en el caso de los padres, la legitimidad para impugnar el reconocimiento tiene como condición no haber intervenido en dicho acto de voluntad. En cambio, en el caso del hijo, la legitimidad que el legislador le otorga para impugnar el reconocimiento no está sujeta a ninguna condición.

El hijo matrimonial, por su parte, no puede iniciar una acción de impugnación o desconocimiento de paternidad matrimonial para proteger sus derechos a la identidad, pues el titular de dicha acción, como ya hemos mencionado, es el marido.

Del mismo modo, tampoco tiene posibilidad de realizar una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial pues el código establece claramente en el artículo 396 que “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Esta disposición se reitera en el artículo 404 que señala que la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada sólo procede si el marido ha contestado la paternidad y el fallo judicial le ha sido favorable. En efecto, tal norma señala a la letra: “la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”.

En relación a ello, considero que estos vacíos y prohibiciones del Código Civil respecto a la posibilidad que el hijo matrimonial pueda contestar la paternidad del marido de su madre biológica, o al hecho que encuentre limitada su acción de reclamación de paternidad matrimonial aparecen como poco razonables.

Es más, si realizamos un test de igualdad para comparar la situación del hijo matrimonial en relación con la del hijo extramatrimonial para la reclamación y/o impugnación de la paternidad - en los casos que hemos mencionado - encontramos que la distinción entre ambos no es proporcionada. Este será un tema que abordaré en el siguiente acápite.

En ese sentido, considero que se debiera ampliar los sujetos con legitimidad para impugnar la paternidad del hijo matrimonial. En el siguiente acápite los proponemos.

3.8.1 Sujetos propuestos

3.8.1.1 Hijo

El hijo considerado como matrimonial debiera tener legitimidad para impugnar el título de estado que lo califica como hijo del marido de la madre, cuando considera que su filiación determinada en virtud de la presunción “pater is est” no se ajusta a la realidad.

En la legislación comparada, existen casos que establecen que el hijo matrimonial puede impugnar su título de estado. En efecto, podemos mencionar la legislación argentina, la española y la colombiana.

País	Artículo pertinente
Argentina	Artículo 259 La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

España	<p>Artículo 137</p> <p>La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.</p> <p>El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.</p> <p>Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.</p>
Colombia	<p>ARTICULO 217. Plazo para impugnar.- El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológicos.</p>

Ahora bien, resulta interesante que se tenga en cuenta que el régimen de impugnación y reclamación de la filiación es unitario en el ordenamiento español. En efecto, en el libro V del Código Civil Español, se establecen reglas genéricas para la impugnación y reclamación de la paternidad.

Asimismo, la jurisprudencia internacional y comparada ha establecido que el individuo tiene derecho a conocer su filiación de origen, por lo cual este derecho debiera garantizarse por distintos medios.

En el caso "Kroon and Others vs. The Netherlands", fallado el 27 de octubre de 1994 por la Corte Europea de Derechos Humanos, indicó que constituía una falta de respeto a la vida privada y familiar - y un incumplimiento por parte del Estado a sus obligaciones internacionales - la circunstancia de que el derecho holandés impidiese la impugnación de paternidad a toda persona distinta del marido de la madre¹⁸⁶.

Por otra parte, la Corte Constitucional Colombiana en una sentencia integradora de 1995, ha señalado que conforme a los principios constitucionales, el hijo debiera tener, al igual que el padre, todas las posibilidades que la ley habilita a este último para impugnar la paternidad. En concreto, esta sentencia falló una demanda de inconstitucionalidad contra una parte del artículo 3 de la Ley 75 de 1968 por la cual se dictaron normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En concreto, se impugnó el párrafo que establecía que *"El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal"*, ya que impediría al hijo reclamar su filiación y establecer su derecho a la personalidad jurídica.

¹⁸⁶ Citado por Kemelmajer de Carlucci, p.37

De esta forma, la demanda se dirigía contra el carácter excesivamente restrictivo de la única causal que -según la actora- autoriza dicha impugnación, por tanto, la pretensión fue la de posibilitarle mayores posibilidades jurídicas de acción de impugnación de paternidad al hijo.

Al respecto, la Corte Colombiana argumentó que dicha regulación es restrictiva y efectivamente afecta principios y derechos consagrados por la Constitución. En tal sentido, si bien no declaró inconstitucional el artículo impugnado, moduló su sentencia. En concreto, indicó que se afectaba el principio de igualdad, puesto que establece privilegios irrazonables en favor del padre con respecto al hijo. Para la Corte Colombiana, la regulación de la ley 75 era compatible con una visión patriarcal de la familia y del matrimonio, en la cual el marido, como una reminiscencia del "pater familias" romano, ostentaba privilegios y potestades desorbitantes no sólo sobre la mujer sino también sobre sus descendientes¹⁸⁷.

En ese sentido, la Corte Colombiana indicó que dicha concepción del matrimonio y la familia no era compatible con el orden de valores instaurado por la Constitución de 1991, puesto que éste reposa en la igualdad en dignidad y derechos de los integrantes del núcleo familiar.

Al respecto, resulta relevante la mención al principio de igualdad. En concreto, se indica que tanto el padre como el hijo buscarían desvirtuar una relación de filiación que los afecta, que ha sido presumida por la ley y que los relaciona al uno como padre y al otro como hijo.

¹⁸⁷ http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/1995/c-109_1995.html

Así, estos se encontrarían en la misma situación jurídica, sin que importe que se sitúen en dos extremos diversos de la relación de filiación, por lo cual, para la Corte Colombiana no existe ningún fundamento constitucional razonable para darles un trato distinto.

La solución para erradicar dicha discriminación admitió ampliar al hijo las causales de impugnación de la paternidad que favorecían al marido, y en el caso en que el hijo planteara una acción de impugnación de paternidad matrimonial y una de reclamación de filiación, el proceso se regiría por el artículo 406 del Código Civil y no por las normas restrictivas que regulan la impugnación de paternidad matrimonial.

Por su parte, en la jurisprudencia peruana se ha establecido que las demandas de impugnación de filiación protegen el interés y el derecho a la identidad del hijo, aún en casos de impugnación de la paternidad matrimonial donde el único legitimado para ello es el marido.

En efecto, Alex Plácido recoge un fallo del año 1992 en el que se establece el derecho de una niña a llevar el apellido del progenitor, que es distinto al marido de la madre.

“Que, si bien el artículo 402° del C.C. no ha considerado el hecho demostrado -relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción- dentro de los casos en los que judicialmente se puede declarar la filiación; la omisión o deficiencia de esta norma legal, no puede dejar sin protección jurídica a una menor "cuya situación es la de un gran sector de la población infantil", porque ello importaría atentar contra su

derecho de llevar el nombre patronímico que le corresponde, de ser reconocida como hija de quien la engendró (artículos 19º y 386º del C.C.) así como desconocer el principio general del derecho, de que "todos somos iguales ante la ley" y por tanto gozamos de las mismas oportunidades, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo VIII del Título Preliminar del C.C. aplicable al caso por imperio del artículo VII del mismo Título"¹⁸⁸.

Igualmente, la sentencia recaída en el expediente N° 2003-0839-251801-JF01 se ha establecido que ello tiene sentido en función del Principio del Interés superior del niño y el de unidad de la filiación. En efecto, el fallo reza así:

Que, asimismo, la Constitución Política del Estado, por otro lado también amparó lo antes expuesto en su artículo seis que ha consagrado el Principio de Unidad de la filiación y en donde se ha sentado base para el establecimiento de un sistema legal sustentado en la verdad biológica, el que encontró su correlato muchos años después en la Ley 27048, del seis de enero de mil novecientos noventinueve, en el cual si bien se mantienen las causales tradicionales para la declaración contestataria de la paternidad y la declaración judicial de paternidad, se introduce explícitamente en nuestra legislación la causal de evidencia biológica, perdiendo importancia las de presunciones legales y/o la posesión de estado, frente al descubrimiento de la verdad real de la filiación a través de todos los medios probables y principalmente los de carácter científico, que posibilitan la adecuación de la verdad formal a la verdad biológica, como en el presente caso al haberse

¹⁸⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 271- 92 Lima. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 6).

practicado la prueba del ADN, que nos da una verdad biológica distinta a la verdad formal.

Ahora bien, si realizamos un test de igualdad –definido en la parte general de este estudio- en relación al hijo matrimonial y extramatrimonial, podemos encontrar que existen diferencias irrazonables en la capacidad para impugnar o reclamar una filiación.

El test de igualdad que realizamos se genera a partir de la distinción que el Código Civil realiza entre la capacidad del hijo extramatrimonial para reclamar o impugnar su filiación paterna y las limitaciones impuestas al hijo matrimonial para ello. En efecto, mientras que el Código reconoce al hijo extramatrimonial su capacidad para IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO (artículo 399), o ESTABLECER UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA (artículo 402), en el caso del hijo matrimonial, el Código solo le reconoce legitimidad para RECLAMAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL (artículo 373).

Es decir, el hijo matrimonial no puede impugnar la paternidad matrimonial, ya que no existe un artículo similar al 399 del CC, y tampoco reclamar una paternidad que no sea la matrimonial, pues no existe un artículo como el 402 del CC a su favor. En ese sentido, las normas sobre filiación extramatrimonial, contrario sensu, niegan al hijo matrimonial este tipo de acciones; igualmente, la interpretación de la regulación legal de la filiación matrimonial me lleva a afirmar que el legislador deliberadamente prohíbe tales acciones a los hijos matrimoniales.

En ese sentido, para evaluar tal trato desigual, los pasos a seguir son los siguientes:

1. La intervención que realizaremos es grave en la medida que las restricciones de la legislación civil atentan contra el principio de unidad de la filiación reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.

Además, la distinción de la legislación civil en torno a las acciones de filiación, se configura como criterio sospechoso pues es una excepción a la regla de prohibición de discriminación por motivos de origen reconocido en el artículo 2,2 de la Constitución.

En ese sentido, partimos de la noción que la norma es, en principio, discriminatoria.

2. En el examen de idoneidad, evaluamos si existe un fin legítimo que sustente la distinción entre los mecanismos a los que puede acceder el hijo extramatrimonial para reclamar o impugnar su filiación y las restricciones que la ley impone al hijo matrimonial, que le niegan el acceso tutela jurisdiccional efectiva para impugnar la paternidad matrimonial y/o reclamar la paternidad de un sujeto distinto al marido de su madre.

Si atendemos a criterios de interpretación histórica, el hecho que el hijo carezca de legitimidad para impugnar la paternidad matrimonial y/o reclamar una filiación extra matrimonial se basa en la protección de la familia y el honor del marido, lo que encuentra sentido en el hecho de pertenecer a una sociedad marcadamente patriarcal. Otro tema que ya hemos mencionado, es el hecho se debe proteger las

imagen de la madre, pues de otorgársele al hijo legitimidad para estas acciones, esta sería calificada como adúltera.

Esto en alguna forma podría considerarse como fin legítimo. En efecto, la Constitución de 1993 reconoce que protege a la institución de la familia; sin embargo, habría que establecer el significado de dicha protección a la luz del Estado Constitucional, los derechos fundamentales del individuo y una serie de instituciones garantizadoras de la esfera de los mismos.

En efecto, la protección de la familia se conjuga con los principios de dignidad, igualdad, libre investigación de la paternidad, equidad de género, interés superior del niño, entre otros que dibujan el propio contenido de dicho interés constitucional. En ese sentido, si bien la protección de la familia tiene rango constitucional, el dispositivo que lo reconoce como tal debiera leerse en forma sistemática con el conjunto de institutos que hemos mencionado, ya que estos delimitan o denotan el significado de dicho dispositivo.

Entonces, si la protección de la familia es un fin legítimo, la restricción establecida para los hijos matrimoniales, en parte desnaturaliza el propio contenido de tal norma jurídica constitucional, en la medida que el medio confirma o más bien está orientado hacia una concepción ya desfasada del concepto de protección o interés familiar.

Y es que negar al hijo matrimonial la capacidad de impugnar la paternidad matrimonial o reclamar una paternidad extramatrimonial, por proteger una supuesta e irreductible unidad familiar matrimonial, va en contra de la noción de la propia protección de la familia, que entre sus objetos de resguardo sostiene a los intereses

y derechos de los hijos, el interés superior del niño, la identidad, entre otros derechos y principios.

En ese sentido, el medio para resguardar la protección de la familia no resulta idóneo desde ningún punto de vista, pues no tiene relación con la noción de protección de familia del Estado Constitucional, pero tampoco con la del derecho a reclamar una filiación, a la identidad y el principio de libre investigación de la paternidad.

Al no cumplir con el requisito de la idoneidad, entonces no es posible realizar el test de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Por tanto, la medida del Código Civil es discriminatoria.

Por los motivos expuestos y el análisis de jurisprudencia y legislación comparada nos parece razonable la necesidad de un cambio legislativo. Y es que si el objeto principal de la presunción en estudio es el de proteger el derecho a la identidad del niño, este debiera tener la posibilidad de acceder a la justicia para hacerlo efectivo o tratar de protegerlo.

Aunque existe alguna jurisprudencia que implícitamente va en este sentido –esto ya es un avance, además la jurisprudencia es fuente de derecho-, creo que es importante que se establezca una modificación legislativa que sea conforme a la Constitución y los principios que consagra esta en torno a la filiación.

3.8.1.2 Presunto padre biológico

La legitimidad del presunto padre biológico es un tema poco tratado en la doctrina del derecho de familia. Pareciera que existiera un velo de silencio respecto a este tema, y en la legislación comparada no hemos encontrado referencias directas a la legitimidad del presunto padre biológico.

De acuerdo a Krasnow, el presunto padre biológico, tiene interés en alcanzar un emplazamiento que lo ubique en su lugar de padre legal y, al mismo tiempo, garantizar el derecho del niño de acceder a la verdad de su origen. Contar con el estado de familia le permitirá asumir la titularidad de la responsabilidad parental¹⁸⁹.

En el derecho comparado encontramos propuestas de ley y legislación civil que ampara el derecho del presunto padre biológico a impugnar la paternidad.

Así, Colombia establece en su Código Civil que el presunto padre biológico es parte interesada en tal proceso judicial. En relación a este ordenamiento, el presunto padre biológico no tendría derecho propio para impugnar la paternidad matrimonial y en el caso que interviniese, lo haría en función del interés del hijo con quien aduce tener un vínculo biológico.

ARTÍCULO 218. VINCULACIÓN AL PROCESO DEL PRESUNTO PADRE BIOLÓGICO O MADRE BIOLÓGICA: El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de

¹⁸⁹ Krasnow, Adriana. Una solución que responde mejor al interés del niño, disponible en: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/04/una-solucion-que-responde-al-mejor.html>, revisado el 25-03-2010.

oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarados en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre.

En el mismo sentido, en el año 2008, en Argentina se ha presentado una propuesta de ley que modifica el artículo 259 e incluye al presunto padre biológico como titular para ejercer la acción de impugnación de paternidad¹⁹⁰.

De hecho, la fundamentación de esta propuesta tuvo la finalidad de otorgar efectivo cumplimiento al derecho a la identidad, a la realidad biológica y la eliminación del tratamiento desigual respecto de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, dispuesta por el artículo 259 del Código Civil.

Además, en vía jurisprudencial también se ha sostenido la inconstitucionalidad de las restricciones a los sujetos legitimados para impugnar la paternidad.

Así, el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 4 de Paraná estableció que la ponderación hecha por el legislador argentino (al no incluir a la madre ni al tercero entre quienes pueden impugnar la paternidad), representa una actitud discriminatoria contra quien tiene un interés jurídico para accionar.

En contraste con el derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal, la legislación argentina obstaculizaba el hecho que el ser humano sea tenido "legalmente" como hijo de quien "biológicamente" lo es. En ese sentido, debía

¹⁹⁰ <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2302-D-2008>, revisado el 25-03-2010.

admitirse la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial.

Sobre el punto, en la doctrina se tejen 3 tesis. Por ejemplo, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza – Sala I - 12/05/2005, Kemelmajer indica que la legitimidad del marido para impugnar la paternidad matrimonial debiera basarse en la tesis ecléctica, distinta a la tesis restrictiva y a la que admite de forma abierta la legitimidad del presunto padre biológico¹⁹¹.

En relación a la tesis ecléctica, esta implica que si el menor goza de posesión de estado respecto a su presunto padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada.

En mi opinión, creo que debiera admitirse el supuesto del presunto padre biológico como legitimado para impugnar la paternidad matrimonial. El hecho que se declare fundada su pretensión dependerá del caso concreto.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial, en el Perú se ha admitido que el presunto padre biológico impugne la paternidad matrimonial en interés del hijo, para lo cual se realizó control difuso de determinada normativa del Código Civil que comentaremos en las líneas que siguen.

Este caso es muy relevante, en la medida que es mediante la labor jurisprudencial que se admite la legitimidad del presunto padre biológico para impugnar la

¹⁹¹ <http://www.biotech.bioetica.org/vs13.htm>, revisado el 25-03-2010; <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/04/una-solucion-que-responde-al-mejor.html>, revisado el 25-03-2010.

paternidad matrimonial, aún cuando esta no haya sido contestada previamente por el marido de la madre como lo establece el Código Civil en el artículo.

En efecto, la sentencia recaída en el Exp. N° 2003-0839-25801-JF01 del año 2004, la jueza del Primer Juzgado de Familia de Chimbote, señaló que en el caso en que existiera un conflicto entre una norma constitucional y una legal, se debiera preferir la primera y que en la situación concreta se encontraba en juego el derecho de la niña a conocer a sus padres, su derecho a la identidad –ambos de orden constitucional- versus los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo cual estos últimos fueron inaplicados al caso concreto.

Nótese que la jueza establece que el derecho en conflicto con la legislación civil es el derecho de la niña y no el del presunto padre biológico, por lo cual la legitimidad de éste para iniciar un proceso de impugnación de paternidad matrimonial se sustenta en razón de los derechos de su hija biológica.

Implícitamente, se admite que el vínculo paterno filial es recíproco y que no puede reconocerse al hijo el derecho a saber quién es su padre sin admitir, al mismo tiempo, que el verdadero padre pueda lograr su emplazamiento legal.

De otro lado, el criterio se ha reiterado en otros distritos judiciales, aunque con motivaciones diferentes. Por ejemplo, la sentencia emitida por el Cuarto Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo respecto del Expediente N° 330-2007, la juez a cargo del proceso, de acuerdo al fundamento jurídico 2, admitió la procedencia de la demanda, pero no desde el punto de vista procesal, sino desde la óptica neo

constitucional al considerar la dignidad de la persona humana como fundamento del Ordenamiento peruano, y los tratados de derechos humanos.

En el fundamento jurídico 3, indicó que el derecho ampara el derecho del hijo a conocer su identidad, pero también el del padre, desde el punto de vista de la configuración de la paternidad como una proyección de la persona que implica conocer si es el verdadero progenitor.

En ese sentido, el progenitor tendría derecho propio a establecer una filiación con el hijo, aunque luego, en el fundamento 4 y 5 la Jueza valora principalmente la necesidad de establecer el derecho a la identidad del niño teniendo en cuenta que éste es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y los Tratados Internacionales.

En concreto, la Jueza hace uso del control difuso para inaplicar los artículos 396 y 404 del Código Civil al caso concreto, admite la demanda de impugnación de paternidad matrimonial y de reconocimiento de filiación extramatrimonial y declara como padre al demandante sobre la base de la prueba de ADN. En ese sentido, declara fundada la demanda.

Una mención aparte merece la Consulta N° 3273-2008 de Corte Superior del Callao, de 23 de diciembre de 2008, sobre la que se pronunció la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Al respecto, se da conformidad con la inaplicación de los artículos 396 y 404 del Código Civil, ya que de lo contrario, se afectarían los derechos del niño, en específico el de la identidad. En concreto, la Corte señala lo siguiente:

Si bien de conformidad con los dispositivos antes glosados, tratándose del reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada, la acción sólo resulta procedente cuando el marido lo hubiese negado (acción contestataria) y obtenido sentencia favorable; empero, tales dispositivos deben ser inaplicados al caso bajo análisis en virtud del principio de jerarquía normativa por colisionar con el derecho a la identidad del menor contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, que consagra el derecho al nombre y el derecho de conocer a nuestros padres y conservar sus apellidos, pues las prescripciones legales en referencia deben ceder frente a un derecho de rango constitucional luego de haberse comprobado en juicio, en mérito a los resultados de la prueba científica de ADN, que el menor fue reconocido por una persona que no es su padre biológico y que por el contrario, esta condición le corresponde al demandante.

La mención a estas tres sentencias resulta de vital importancia en la medida que son jueces de familia quienes fallan en este sentido, dejando de lado consideraciones sobre la paz familiar y dando prevalencia a la identidad del niño sobre la base de fundamentos constitucionales.

En concreto, esto demuestra la flexibilización que ha adquirido la aplicación de las normas que otorga legitimidad únicamente al marido en pos de la admisión de otros sujetos vinculados al suceso del nacimiento del hijo, como es el caso del presunto padre biológico.

En líneas generales, como he señalado, creo que esto dependerá del caso en concreto, pero ello no implica que debamos admitir que el padre tiene determinados derechos en relación al establecimiento de la filiación, aunque principalmente se busque proteger la identidad del hijo, por eso la tesis ecléctica es la que consideramos más conveniente por adecuarse a las necesidades y derechos del hijo.

3.8.1.3 Madre

La posibilidad de que la madre pueda impugnar la paternidad matrimonial se define entre dos posturas. Hay quienes consideran que ella no debiera invocar su propia torpeza o su infidelidad para promover una acción como la que se propone, mientras que existe otro sector que señala que la madre sí debiera tener legitimidad para impugnar la paternidad matrimonial.

Respecto de la primera postura, existe jurisprudencia (véase notas 130 y 133) que incorpora como argumentación en contra el hecho de que esta disposición está referida a las causales de divorcio, *en el marco de la institución matrimonial* y no así al establecimiento de la filiación.

Grosman constata, a través del análisis realizado a numerosos casos judiciales, que las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial son iniciadas cuando el vínculo matrimonial ha sufrido ruptura y el hijo ya no goza de la posesión de estado de hijo matrimonial.

En tal caso, la postura que afirma la necesidad de negar la legitimación de la madre para impugnar la paternidad matrimonial, a fin de evitar un resquebrajamiento en la relación matrimonial -consecuencia obvia al admitir la esposa su adulterio para sustentar la impugnación de paternidad matrimonial-, no tiene sustento fáctico.

Las consideraciones destinadas a deslegitimar las posibilidades de accionar de la madre y el hijo, referidas a la conservación de la paz y seguridad familiar, tienen sentido cuando en la realidad ambas se constatan. Sin embargo, cuando la ruptura se produce debiera haber una respuesta legal frente a dicho supuesto de hecho.

En tal sentido, de considerarse que existe una colisión entre el derecho al honor del marido, la protección que merece la familia y la protección del derecho del hijo a conocer su origen e identidad, debiera privilegiarse este último y extenderse la legitimación para obrar a los otros partícipes de la relación filial: la madre y el hijo¹⁹².

En esta línea argumentativa, Grosman refiere que mantener la exclusividad del derecho del marido a desconocer su paternidad corresponde a la doctrina de la potestad marital, mencionada en capítulos anteriores. En igual sentido, Mizrahi¹⁹³ admite que la restricción establecida por la norma argentina de excluir a la madre como sujeto activo para interponer la impugnación de paternidad matrimonial supone una vulneración del principio de igualdad entre el hombre y la mujer regulado por el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹⁹² Grosman. Op Cit, p. 233.

¹⁹³ Mizrahi, Mauricio Luis. Familia, matrimonio y divorcio. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1998.

Así, en el contexto actual en el que prima el principio de la igualdad de los cónyuges, ambos podrían tener la facultad de promover una acción de impugnación que suponga el desplazamiento del título de hijo matrimonial, aún cuando, decíamos, ello suponga el reconocimiento por parte de la madre de su adulterio.

Existe, a su vez, una discusión respecto del valor asignado a la confesión de la madre, a la que si bien se niega su condición de sujeto activo para impugnar la paternidad matrimonial, puede dar una versión en sede judicial.

La doctrina afirma, mayoritariamente, que dicha confesión tendrá un valor relativo que se contrastará con otras pruebas presentadas durante el proceso. Dicho valor relativo se sustenta en que la estabilidad del estado de hijo, se dice, no podría depender del *poder dispositivo* de una de las partes.

Para el sector más conservador, el hecho que la madre impugne la paternidad del marido en función de su infidelidad supone una afectación al derecho al honor de su marido y familia, por lo que el valor asignado a dicha confesión debe corroborarse con otros medios de prueba¹⁹⁴.

Para este sector de la doctrina, el valor que otorgado a la confesión de la madre se sustenta únicamente en la afectación de derechos privados; sin embargo, la acción de impugnación de paternidad matrimonial está vinculada a derechos cuyo interés público es innegable y que sustentan el orden constitucional estatal¹⁹⁵. Por tal razón,

¹⁹⁴ Méndez Costa, María Josefa. La filiación, Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1986, p. 332.

¹⁹⁵ El reconocimiento de que los derechos que están en cuestión en una acción de impugnación de paternidad matrimonial son fundamentalmente el derecho a la identidad y el estado civil del menor "accionado", teniendo éstos relevancia de orden público, aparece en la sentencia vinculada a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 259, párrafo 2 del Código Civil Argentino. Véase: Cámara de Familia de 1a Nominación de Córdoba 23/10/2002. T. D., J. E. c. R. D. Q. Publicado en: LA LEY 24/03/2003, 7 - LA LEY 2003-C, 300, con nota de Angelina Ferreyra de De La Rúa - LLC 2003, 650 - Colección de Análisis Jurisprudencial.

a la confesión de la madre deben sumarse otros medios de prueba –como el ADN– que determinarán la valía de su confesión.

Por otra parte, para un sector de la doctrina¹⁹⁶, la madre podría impugnar la paternidad matrimonial en su condición de heredera del marido. Sin embargo, afirman que se le niega esta posibilidad debido a que ella sustentaría la acción en su propia torpeza. Es evidente que estas consideraciones no incorporan la necesidad de proteger el derecho a la identidad del hijo que implica tener la posibilidad real de conocer su origen y que en razón a su minoría de edad u otra imposibilidad, bien pudiera la madre invocar una acción que permita al hijo ejercer ese derecho fundamental.

A continuación, mencionaré alguna jurisprudencia que nos brinda luces sobre el debate doctrinal en torno a la legitimidad de la madre para impugnar la paternidad matrimonial. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina determinó que el artículo 259° del Código Civil, a raíz de la interposición de un recurso extraordinario federal, al no incluir a la madre del niño entre los legitimados activos para la acción de impugnación de paternidad matrimonial, conculca normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1°, 17 inc. 4°, 19 y 24), en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2°, 7°, 8° inc. 1°, 12 inc. 1° y 18 inc. 1°).

La demandante también adujo que el fundamento concerniente a la prohibición para la madre de promover una acción que importa reconocer su propio adulterio, no es

¹⁹⁶ Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1998. p.453

invocable frente a la clara obligación de las autoridades de atender al interés superior del niño.

Sin embargo, en dicha sentencia se señaló que el mencionado artículo no era discriminatorio cuando no incluía a la madre como sujeto con legitimidad activa para impugnar la paternidad matrimonial. En efecto, la Corte indicó que:

1. *De "lege lata", cabe concluir que el art. 259 del Cód. Civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional.*
2. *La negación de legitimación activa de la madre en la acción de desconocimiento de la paternidad --art. 259, Cód. Civil- no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo, satisfaciendo dicha norma el juicio de compatibilidad constitucional al plasmar una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantía de jerarquía constitucional.*

De acuerdo a este fallo, se sustentaría la distinción que realiza la ley al legitimar al padre para impugnar su paternidad matrimonial y no otorgar tal facultad a la madre para iniciarla, en que teniendo el hijo tal legitimidad para actuar, se atiende el derecho a la igualdad que asisten a los implicados en la relación filial que se cuestiona.

Sin embargo, si bien el derecho a la igualdad debe ser aplicado porque se encuentra protegido por el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, lo cierto es que tratándose del hijo, se debe utilizar también el principio del interés superior del niño, reconociéndose su particular posición de vulnerabilidad en dicha relación filial.

En este caso, una acción que permitiría colocar el amparo del derecho a la identidad del hijo en condiciones de igualdad para acceder a su protección a través del ejercicio del derecho de acceder a la justicia, como ocurre con el marido, se produciría si se admitiera la legitimación de la madre de ese hijo, quien por su minoría de edad o imposibilidad fáctica de impugnar, deberá esperar hasta su mayoría de edad para hacerlo.

La posibilidad real de que un actor distinto a la madre (un representante del Estado o un tutor), realice la representación del hijo no es probable. Entonces, facultar a la madre para que, en nombre y representación de su hijo, inicie la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, permitiría a su hijo, que goza del título de hijo matrimonial, desplazar ese título y eventualmente ostentar el de hijo extramatrimonial pero que se encuentra acorde con su origen, su derecho a conocer a sus padres y a entablar las relaciones familiares correspondientes.

Esta situación, por supuesto, se concibe en los casos en que no existe posesión de estado de hijo matrimonial, aunque sí el título de hijo matrimonial en virtud de la presunción de paternidad matrimonial subsistente, título que se pretende desplazar con la acción de impugnación.

Para mayor abundamiento, resulta relevante el voto en disidencia de Bossert y Petracchi, quienes consideran que la omisión del 259° del Código Civil es inconstitucional, por ser discriminatoria, posición con la que concuerdo. En dicho voto en disidencia se afirma que *“De acuerdo a la limitada legitimación conferida por el art. 259 del Cód. Civil para impugnar la paternidad matrimonial, la madre y su cónyuge no encuentran asegurados sus derechos en condiciones de igualdad, pues aquélla no puede deducir tal acción, mientras que el último puede impugnar tanto su paternidad como la maternidad de la mujer”*.¹⁹⁷

Igualmente, Germán Bidart Campos señala que *las leyes que niegan la legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material u objetiva, son inconstitucionales*¹⁹⁸. De conformidad con los magistrados en mención, considero que la ley que omite a la madre como sujeto legitimado es arbitraria, sobre todo si tenemos en cuenta que la acción se ejerce en función de proteger el interés del hijo o su derecho a la identidad. Y es que el reconocimiento de la legitimidad para actuar que debiera tener la madre es una forma más para permitir la protección del derecho a la identidad del niño, a conocer su origen y se funda en la verdad biológica y el interés superior del niño.

Asimismo, en la sentencia en mención resulta relevante el dictamen del procurador general que establece una serie de razonamientos que compartimos en relación a la arbitrariedad contenida en la imposibilidad de que la mujer se encuentre legitimada para impugnar la paternidad matrimonial.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS). Fecha: 01/11/1999. Partes: D. P. V., A. c. O., C. H.

¹⁹⁸ Bidart Campos, Germán, "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?", en: La Ley, 2000-B, 22, Nota al Fallo 99.978, CS, 1999/11/01, "D. de P. V., A. c. O., C. H."

Para él, la imposibilidad de la mujer para impugnar la paternidad matrimonial *niega preeminencia constitucional a tratados incorporados a la Carta Magna como son la Convención sobre eliminación de todas de formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre los Derechos del Niño, tratados que según indica adquirieron jerarquía constitucional a partir de la última reforma del art. 75 inc. 22 de nuestra Ley Fundamental, por lo que los derechos y garantías que ellos consagran deben entenderse de rango superior a lo legislado por el art. 259 del Cód. Civil.*

Es más, formula una pregunta que pretende encontrar la real intención del legislador al apartar a la madre de la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial de su cónyuge diciendo:

¿O será que en realidad se pretende por esta vía sancionar a la esposa (con fundamento en una conducta sexual que su esposo entiende reprochable) negándole la posibilidad de esclarecer la identidad real de sus hijos, sanción de la que se ve excluido su marido quien sin haberse disuelto su vínculo marital, en similares circunstancias de relaciones concubinarias, podría reconocer hijos extramatrimoniales?

Considero que la omisión de la ley para otorgar a la madre la facultad de impugnar la paternidad matrimonial, resulta al fin de cuentas una especie de sanción y es discriminatoria per se en razón del sexo. Creo que por encima de las consideraciones al honor del marido, la paz familiar y la propia torpeza, está la

necesidad de reconocer la identidad real del hijo, aunque esto también debiera encontrar las limitaciones de una posesión de estado de hijo como matrimonial. En todo caso, el plazo que la ley pudiera establecer debiera salvaguardar este criterio.

Ahora bien, la jurisprudencia en el Perú ha abordado el tema de la acción de la madre para establecer la real identidad biológica del hijo matrimonial, lo que revela la necesidad de adecuar la legislación o de una mayor reflexión sobre el tema a nivel jurisdiccional.

Meza Ingar hace referencia a la ejecutoria suprema recaída en el Expediente N° 1560-85 iniciado en Huánuco. Este caso trata sobre la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por las hermanas del causante, al enterarse que la hija reconocida por éste sería declarada la heredera de los bienes del mismo¹⁹⁹. En concreto, esta hija nació cuando la madre aún estaba casada con una persona distinta del causante, la misma que no había impugnado la paternidad de la niña – considerada por la ley como hija matrimonial-.

Al respecto, aún cuando la madre señaló que inició demandas de separación y divorcio, las que no pudo proseguir por falta de una debida notificación al demandado, la ejecutoria revocó la partida de nacimiento de la niña en la que figuraba el reconocimiento del padre biológico, posterior causante.

¹⁹⁹ Meza Ingar, Carmen. La filiación en el umbral del tercer milenio, en: Revista de Derecho y Ciencia Política, Volumen 56, N°2, 1998, 102

Las reflexiones de la jurista sobre el tema dejan las preguntas sobre si ¿la hija debe ser inscrita como matrimonial?, y si es que el marido de la madre nunca contesta tal paternidad, ¿acaso se vulnera el derecho a la identidad de la hija?²⁰⁰.

En concreto, plantea la autora que el artículo 396° del Código Civil debiera derogarse en la medida que excluye sin fundamento a los protagonistas del acontecimiento del ejercicio de sus derechos²⁰¹. De hecho, comparto su posición por los motivos expuestos líneas arriba.

Ahora bien, este criterio jurisdiccional pareciera estar cambiando. En la casación N° 572-06, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia aborda indirectamente el tema de la legitimidad de la madre para interponer una acción de reconocimiento de hijo extramatrimonial, aún cuando este no ha sido despojado del título de hijo matrimonial porque el marido no ha contestado la paternidad.

Sobre el punto, el presunto padre biológico, en su condición de demandante, sustenta que el artículo 404° del Código Civil -una norma material que señala que si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable- no se ha aplicado al proceso, ya que no se ha tenido en cuenta que el cónyuge de la actora haya contestado la paternidad.

²⁰⁰ Ibidem, pp. 102-103

²⁰¹ Ibidem, p. 104

Al respecto, la Corte Suprema admite tácitamente –porque no se refiere al punto– que aún cuando la madre estaba casada puede reclamar la paternidad del presunto padre biológico distinto del marido, siendo inaplicable el artículo 404.

De hecho, esta es una primera puerta que en el futuro nos permitiría probar que por vía judicial la madre también cuenta con la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial, y luego reclamar la filiación extramatrimonial.

En líneas generales, hay algunos visos de cambio respecto de cuales que es necesario dar cuenta.

3. 9 Supuestos y criterios de resolución de casos

Este acápite tiene por objeto establecer algunos criterios para la resolución de casos en sede judicial, en los que se pretende desconocer o impugnar la presunción de paternidad.

En los apartados previos hemos hecho algunas referencias a la tesis ecléctica, sobre todo cuando analizamos quienes son los sujetos que pueden impugnar la paternidad matrimonial. La mención a este tema cobra relevancia cuando analizamos la forma en que se relacionan los elementos del derecho a la identidad que se protegen a través de la filiación.

El hecho que se haya propuesto un redireccionamiento o flexibilización de la presunción “pater is est”, se sustenta en la necesidad de que haya una correspondencia entre la filiación y la verdad biológica. No obstante ello, este último

principio no es absoluto, ni prevalece *per se* frente a otros bienes o derechos protegidos por el ordenamiento constitucional. En ese sentido, no siempre prevalecerá al momento de resolverse una situación conflictiva.

Recordemos que el derecho a la identidad también está compuesto por otros como el derecho al nombre, el derecho a las relaciones familiares y el derecho a conocer a los padres en la medida de lo posible. Dependiendo del caso en concreto, considero que podrá prevalecer uno u otros de los contenidos del derecho a la identidad. En ese sentido, no siempre se podría declarar la nulidad del título de hijo matrimonial, aunque la verdad biológica no se corresponda con el mismo.

En las líneas que siguen busco plantear algunos ejemplos en los que se puede poner en práctica algunos criterios para resolver conflictos.

3.9.1 Hijo de mujer casada posee título de hijo matrimonial y, al mismo tiempo, posee el estado de hijo matrimonial

El artículo 376º del Código Civil Peruano establece que cuando confluyen el título y la posesión de estado de hijo matrimonial, no puede contestarse la paternidad ni siquiera por el propio hijo, afirmación esta última que expresaría la posibilidad de contestar la paternidad cuando existan otros supuestos. Luego, esta alternativa de interpretación de dicho dispositivo ha sido negada por el artículo 367º que otorga titularidad para ello únicamente al marido y a sus herederos o ascendientes.

Sin embargo, en virtud de la existencia de pruebas biológicas y científicas que proporcionan certeza respecto de la naturaleza del vínculo paterno – filial, y a la luz

del principio de investigación de la paternidad y la verdad biológica, impedir que determinados sujetos tengan la posibilidad de contestar la paternidad matrimonial, no resulta razonable.

Tal aseveración me permite proponer criterios que ayudan a resolver los casos en que probada la inexistencia del vínculo biológico entre un niño y quien aparece como su padre en la partida de nacimiento como por la posesión de estado de hijo matrimonial, se pretenda desconocer dicha titularidad.

Así, es válida la consideración de que si un niño ostenta el título de hijo matrimonial, aunque éste no suponga un mejor derecho sucesorio o de otra índole frente a terceros, y al mismo tiempo goza de vínculos familiares con quien biológicamente no es su padre, es preciso conservar dicho título aún a expensas de que la verdad biológica no se haga efectiva; es decir, debe prevalecer la situación preexistente que configura su personalidad e identidad de manera plena.

En un supuesto de este tipo el criterio que permite resolver el caso es el interés superior del niño. El mismo nos plantea alternativas de solución de forma casuística; en ese sentido, dependerá de cuánto se considere que el niño ha forjado su identidad y cuánto el desplazamiento de su título y estado de hijo matrimonial afecte dicho derecho.

En efecto, esta aseveración concuerda con el hecho que la verdad biológica no es un principio absoluto y en todo caso debe ceder frente a un conflicto con el principio del interés superior del niño.

De acuerdo con Grosman, el supuesto que comentamos también contempla ciertas limitaciones al derecho del hijo a conocer su origen. En el caso en que los cónyuges hayan llegado al acuerdo de tratar al hijo de un tercero como si fuera matrimonial, la verdad biológica tampoco debiera prevalecer frente a situación de “normalidad” de las relaciones “ad intra” y “ad extra” de la familia matrimonial²⁰².

Por otro lado, existen algunas otras alternativas en el derecho comparado que nos permiten conocer las respuestas del derecho frente a una situación de este tipo en la que está en juego el derecho a la identidad, y sus propios componentes entran en conflicto. De hecho, algunos fallos que determinan la inexistencia de vínculo de filiación, permiten al hijo mantener el nombre y los apellidos en aras de proteger la identidad.

Así, en el fallo de la Cámara de Familia, 1 ° Nominación, Córdoba (Argentina), si bien el tribunal admitió la impugnación del padre, y declaró la inexistencia del vínculo filial, admitió que el hijo siga utilizando el apellido, en la medida que este es componente de su identidad.

“su representación social se refleja en el apellido T. D., pues por éste es conocido en todas las actividades que realizó en el pasado y en las que tiene en su proyecto de vida; por lo tanto, como atributo individualizador del sujeto “evoca su personalidad” y “es una de las facetas de su identidad”²⁰³.

²⁰² Grosman, Cecilia. Op. Cit., p. 227.

²⁰³ Cámara de Familia, 1 ° Nominación, Córdoba (Argentina), 23/10/2002, en: La Ley, 2003-C, p.299.

Como observamos, el fallo en mención aunque declara la nulidad del título de hijo matrimonial, pues este no guarda relación con la verdad biológica, hace prevalecer el derecho al nombre respecto de este último principio.

Esta es solo una alternativa que busca equilibrar los intereses de por medio y proteger los derechos de un individuo como el niño que es sujeto de especial protección. De hecho, creo que una decisión de este tipo respeta el mandato constitucional de velar por los derechos fundamentales comprometidos al salvaguardar el derecho del hijo a la identidad.

3.9.2 Hijo de mujer casada tiene el título de hijo matrimonial pero no la posesión de estado

Aquí nos referimos al caso en que el niño posee una partida de nacimiento que da cuenta de que su padre es el marido de su madre; sin embargo, no ha entablado el vínculo paterno filial con dicha persona. Esta situación puede deberse a que el niño ha entablado una relación paterno filial con quien es su padre biológico o simplemente no cuenta con figura paterna alguna en su entorno más cercano.

En efecto, por aplicación de la presunción de paternidad matrimonial, el niño tiene como padre legal al marido de su madre, aunque en términos reales este no sea el padre biológico. Sin embargo, a la luz del ejercicio del derecho a la identidad del niño, el derecho a la verdad biológica y a su derecho a conocer, en la medida de lo posible, a sus padres; se debiera promover algunas respuestas desde el ámbito de aplicación del derecho.

Nuevamente el criterio que utilizamos para resolver una situación de este tipo es el interés superior del niño (si es que se tratase de un hijo menor de edad). A la luz de este podemos afirmar que el derecho del niño a la identidad se lesionaría si es que por los efectos que surten de la presunción se viera obligado a ostentar un apellido de una persona con quien no hay vínculo alguno (en términos biológicos y de relaciones familiares).

En conclusión, este caso se trata precisamente de que el juez, ante la pretensión del marido de la madre, del presunto padre biológico o de la propia madre del niño de negar la paternidad matrimonial que aparece en títulos como la partida de nacimiento, guíe su decisión por el principio del interés superior del niño y admita el desplazamiento de dicho título sólo en virtud al mejor interés del niño cuya identidad se encuentra en juego.

3.9.3 El hijo tiene el título de hijo extramatrimonial, aunque nació de mujer casada y se tendría que haber aplicado el artículo 361º que regula la presunción de paternidad pater is est.

Si bien lo expuesto en el supuesto anterior evidencia una tendencia a relativizar la eficacia de la presunción de paternidad matrimonial, la misma se confirma con este supuesto. En efecto, esta es una situación de hecho no prevista por la concepción original de la presunción de paternidad matrimonial y nos permite analizar cuán eficaz es la presunción de paternidad matrimonial cuando de inscribir a un hijo de mujer casada se trata.

El artículo 361º del Código Civil vigente establece que *“el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”*. De acuerdo con el enunciado, no resultaría necesario que el marido de la madre declare el nacimiento del hijo de su esposa al inscribirlo ante el registro civil.

Es más, así lo establece el artículo 38º del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil –RENIEC-, aprobado mediante D.S. 015-98-PCM, que prevé que la filiación matrimonial se establecerá con la presentación de la partida de matrimonio de los cónyuges, en caso sea únicamente la madre quien acuda a inscribir a su niño.

Sin embargo, una práctica muy frecuente en los registros civiles es la negación de la inscripción del niño como hijo matrimonial cuando acude solamente la madre con la partida de matrimonio. La exigencia por parte del registrador civil de la presencia del marido es una constante y de no cumplirse con ella, al no aparecer la firma del padre en el acta de nacimiento, el niño aparece inscrito únicamente por su madre y en los hechos ostenta un título de hijo extra matrimonial.

La situación antes descrita, que bien podría configurar el desconocimiento del registrador civil de la exigencia de la norma de hacer primar la presunción de paternidad matrimonial cuando inscribe a un niño únicamente a petición de su madre, que es una mujer casada y que lo demuestra con su partida de matrimonio, plantea la discusión teórica, pero también en torno a la práctica registral, de la necesidad de que el marido de la madre realice un acto de “ratificación” de su paternidad al momento de inscribir al niño alumbrado por su esposa. Discusión que la norma civil y registral

habrían resuelto al imponer la inscripción del niño con el título de hijo matrimonial aún cuando la madre acuda sola portando la partida de matrimonio.

En la doctrina italiana, Cicu se pregunta ¿qué significa la falta de padre en los nacimientos legítimos? A fin de plantearse si es nula o inválida una partida de nacimiento donde no conste la declaración de nacimiento del padre, marido de la madre, en virtud a que el artículo 375º del Código Civil italiano vigente en su momento (1930), disponía que en los nacimientos legítimos se declare, además del nombre de la madre, el del padre. Al respecto, argumentaban algunos que cuando no existiese su declaración, el hijo carecía del título de estado de hijo legítimo. Sin embargo, afirmaba Cicu que la paternidad legítima *resulta de la presunción de paternidad y ésta (...) sólo puede ser destruida por el padre mismo y mediante prueba rigurosa*²⁰⁴, apelando al imperio de la presunción de paternidad sobre la declaración del padre, marido de la madre, en el acta de nacimiento.

Por su parte, Grosman afirma que *la presunción de paternidad del marido persiste respecto del hijo concebido por la esposa durante el matrimonio, aún cuando el nacido no tuviera a su favor un título de estado de hijo matrimonial. La presunción no se halla sujeta a la forma de inscripción y se mantiene pese al reconocimiento de un tercero, pudiendo ser destruida sólo por los legitimados para obra*²⁰⁵.

Esta sería precisamente la razón contemplada por la norma civil y registral nacional al imponer la inscripción del hijo como matrimonial con la sola presentación del acta de matrimonio. Sin embargo, antes de arribar a esta conclusión, Grosman planteaba que

²⁰⁴ Cicu, Antonio. Ob. Cit. pg. 23

²⁰⁵ Grosman, Cecilia. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Ob. Cit. 241.

no ostentando el hijo nacido de mujer casada el título de hijo matrimonial, le correspondería promover la acción de reclamación de estado, refiriendo que será importante la posesión de estado que goce, aún cuando ésta no será definitiva para el establecimiento de su filiación.

Entonces, reiteraré la posición de que existiendo la presunción legal de paternidad matrimonial, ésta debe operar aún sin la declaración del padre, marido de la madre, y ser consignada en el acta de nacimiento del niño, a fin de que éste ostente el título de hijo matrimonial que le corresponde, desvirtuándose éste ante las acciones de reclamación de quienes estén legitimados para hacerlo.

Y, es que si bien no existe más la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, es claro que ostentar un título, el acta de nacimiento, donde consten los nombres de ambos padres que por mandato de la ley debieran aparecer, aún cuando físicamente ambos no se hicieron presentes ante el registro civil, supone una garantía para el ejercicio pleno de los derechos del hijo, ya sean éstos patrimoniales o vinculados exclusivamente al acceso a las relaciones familiares, el nombre o a conocer a sus padres, componentes éstos del derecho a la identidad.

3.9.4 Hijo de mujer casada que posee título y posesión de estado extramatrimonial

En este supuesto, hay un presunto padre biológico distinto al marido de la madre que, decide inscribir al niño nacido de una relación que sostuvo con mujer casada. El mismo que ha sido sacado de la realidad de nuestro país, no podría producirse si

existiera un registro civil unificado que contenga la información referida a todos los actos civiles de los ciudadanos de un país.

De ser así, sería imposible que una persona distinta al marido de la madre pueda inscribir al hijo de ésta como propio, debido a que el registrador civil podría contar con información cierta y actualizada que le permitiría conocer que la madre de ese niño tiene un vínculo matrimonial con una persona distinta de quien comparece ante el registro.

En un caso en el que existe un hijo de mujer casada reconocido por el padre biológico que no es el marido -con lo cual el niño ostenta un título de hijo extra matrimonial, el *vínculo filial proviene del acto jurídico familiar de reconocimiento; sin embargo, por otra parte, la presunción de la paternidad del marido subsiste si el esposo de la madre no promueve acción de desconocimiento de su paternidad y triunfa en su pretensión*²⁰⁶.

Los elementos planteados por Grosman para este supuesto fáctico son a) separación de hecho de los cónyuges; b) unión de la esposa con otro hombre e hijo engendrado de esa unión y c) ausencia de título de estado de hijo matrimonial²⁰⁷.

En concreto, creo que este caso se configura como un supuesto de nulidad del documento que da cuenta del reconocimiento del hijo de mujer casada por parte de un tercero (padre biológico). No obstante ello, considero que dicha afirmación debiera

²⁰⁶ Grosman, Cecilia. Op. Cit., p. 239.

²⁰⁷ Ibíd.

relativizarse dependiendo de la situación en concreto; todo ello en pos de la protección del derecho a la identidad del individuo.

En un supuesto en el que el hijo de mujer casada tenga título y posesión de estado extramatrimonial, la vía adecuada para tener un documento válido debe ser la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial, lo que trae como consecuencia, que en simultáneo también se impugne la presunción de paternidad matrimonial que subsiste en tanto la madre del hijo y su cónyuge aun tienen un vínculo matrimonial en el sentido formal.

En ese sentido, la solución que planteamos pasa por el establecimiento de la filiación extramatrimonial vía sentencia judicial. La alternativa legal adecuada e idónea es la reclamación del título de estado en la vía judicial. Para ello, el legislador debiera flexibilizar las reglas para impugnación de la presunción “pater is est”, promoverse la celeridad de los procesos de este tipo, y garantizarse la eliminación de barreras de acceso a la justicia.

3.10 Propuesta Normativa

En este acápite, quisiera plantear una propuesta de modificación de los artículos 363, 364, 367, 396, 404, y 402 inciso 6 del Código Civil.

Conviene señalar que la propuesta solo atiende a la modificación de algunos artículos del libro de familia. Una reforma total del título correspondiente a la filiación no es el objeto de esta tesis. En todo caso la propuesta que planteo tiene como

finalidad última la modificación o eliminación de los títulos de hijo matrimonial e hijo extramatrimonial, pero no resulta el objeto de esta propuesta.

Como he afirmado, debe mantenerse la presunción pater is est en aras de proteger el derecho a la identidad del hijo nacido dentro de un matrimonio, pero a la vez flexibilizar la figura para los supuestos de impugnación de la paternidad matrimonial y el plazo para ejecutar dicha acción.

De otro lado, se mantiene la idea de que la impugnación de la presunción de la paternidad debe determinarse en la vía judicial, lo que a la vez supone que la determinación del estado de filiación real del hijo se fije también por dicha vía o por vía de reconocimiento.

En la medida en que se encuentran en juego derechos de carácter personalísimo, considero que el órgano encargado de conocer esta casuística es el juez, quien además tiene la obligación de aplicar la Constitución por encima de las leyes. Si bien la administración también supone deberes de rango constitucional, se debe recordar que su función siempre se basa en el principio de legalidad, no ostentando la facultad de control difuso que sí tienen los jueces. En ese sentido, es adecuado que este tema se dirima en la vía judicial.

Ahora bien, en concordancia con lo planteado, quisiera comentar el Proyecto de Ley N° 2968/2008-CR, ya que propuso una modificación de las artículos 361 y 362 del Código Civil. De hecho, este plantea que estos debieran leerse de la siguiente manera:

Artículo 361.- Presunción de Paternidad

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare lo contrario o demuestre que no existió vida en común con el marido durante el tiempo de la fecundación

Artículo 362.- Presunción de filiación matrimonial

El hijo se presume matrimonial, salvo que la madre declare que no es de su marido.

El proyecto planteado por la congresista Cuculiza pareciera admitir que en el momento de registrar al hijo, la madre podría desvirtuar la presunción legal planteada en el artículo 361, cuestión que consideramos desproporcionada. Creo que en efecto, la presunción debe aplicarse tal y como lo plantea el artículo 361 vigente, y que la vía judicial es la indicada para este tipo de supuestos.

Así, estando en juego el derecho a la identidad del hijo, considero que la manera de protegerlo o hacerlo efectivo no es en vía administrativa. El hecho que se otorgue a la madre el poder para desvirtuar la paternidad matrimonial, no es proporcional con el derecho afectado, ya que como he planteado anteriormente, la madre debiera tener legitimidad para impugnar la paternidad del marido, pero en vía judicial, eliminándose así todo vestigio de discriminación en relación al marido, dándose prevalencia a la identidad biológica.

Volviendo al análisis de los artículos que abordaremos, proponemos la modificación de los artículos pertenecientes a la filiación matrimonial y de algunos dispositivos que si bien corresponden a la filiación extramatrimonial, tienen conexión con la primera.

Así, en principio se esboza un artículo que establezca un sistema de impugnación de paternidad abierto, sin las causales que tradicionalmente ha establecido la ley. La falta de métodos para determinar el plazo de la concepción y la determinación de la paternidad sustentaban dichas causales; sin embargo, los avances tecnológicos y el grado de certeza que brindan algunas pruebas científicas desvirtúan la necesidad de seguir manteniendo las causales previstas en la ley. En ese sentido, el artículo 363 solo propone los medios probatorios por medio de los cuales se determina o impugna la paternidad matrimonial.

De otro lado, se plantea eliminar el plazo para la impugnación de la paternidad y consagrar su imprescriptibilidad. Al respecto, he referido la inconstitucionalidad del plazo prevista en la legislación peruana y la comparada; existe más bien consenso en la necesidad de ampliar dicho periodo o de proponer un plazo abierto (imprescriptible), toda vez que el derecho a la identidad del individuo no debiera tener una limitación basada en el tiempo, pues ello le restaría libertad para su autodeterminación y desarrollo de la personalidad.

Igualmente, se propone ampliar la gama de sujetos legitimados para impugnar la acción contestatoria de paternidad. En el entendido que la presunción de paternidad no es más una figura que pretende proteger a la familia o los intereses del pater familias por encima de los derechos de los individuos que formarían parte del núcleo

de la familia matrimonial, o que la realidad, muchas veces, muestra que los matrimonios son solo una formalidad que se mantiene en el tiempo a pesar de que se ha roto el vínculo conyugal y el deber de cohabitación, creemos que otros sujetos también deben ser los legitimados para impugnar la presunción.

Entre ellos se encontraría el hijo, en la medida que la presunción que se le aplica puede afectar su derecho a la identidad, es él mismo quien debiera tener la posibilidad de entablar una acción contestatoria con la finalidad de hacer prevalecer sus derechos y el vínculo de filiación que le une a su verdadero progenitor.

En relación a la madre y el padre biológico, creemos que ambos tienen la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial en representación de los derechos de su hijo, pero también por derecho propio. Al respecto, hemos esbozado algunos argumentos que sustentan esta posición.

En relación a la madre y su derecho propio a impugnar la paternidad matrimonial, este se sustenta en la igualdad entre cónyuges, que da a ambos la posibilidad de contestar la presunción. He señalado que el argumento basado en la propia torpeza de la madre como limitante para otorgarle legitimidad para impugnar la presunción se encuentra desfasada y responde a la noción de la doctrina de la potestad marital ⁽²⁰⁸⁾.

Respecto al derecho propio del padre biológico, este se sustenta en el que hecho que el vínculo paterno filial es recíproco y que no puede reconocerse al hijo el

²⁰⁸ Véase página 160 y ss.

derecho a saber quién es su padre sin admitir, al mismo tiempo, que el verdadero padre tiene también un derecho que le avala en su pretensión.

Igualmente, es relevante mencionar que el hecho que se impugne la presunción de paternidad y haya una prueba científica que demuestre que el hijo matrimonial es en realidad hijo de un tercero, no significa que se cambiará necesariamente el título que posee este individuo. En algunos casos es posible que prevalezca el título adquirido antes que la verdad biológica, siempre que se busque proteger la esfera de derechos del hijo.

Aquí entrarán a tallar consideraciones como el entorno del hijo, el vínculo de este con el marido de la madre o con el padre biológico y en función de ello se determinará declarar fundada o infundada la impugnación de paternidad, así como la reclamación de otro título de estado.

Asimismo, se ha propuesto que la madre y el hijo de un tercero con título de hijo matrimonial impugnen la presunción de paternidad, para luego dejar abierta la posibilidad del reconocimiento del padre biológico ante el registro civil. No obstante ello, también se establece la alternativa de accionar de forma conjunta la impugnación de paternidad matrimonial como la de reclamación de filiación extramatrimonial. Este supuesto está pensado para atender los casos en los que el padre biológico se niega al reconocimiento voluntario.

Teniendo ello en cuenta, también se plantea que en los casos en que se plantee una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, las reglas y presunciones que se establecen frente a la negativa del padre biológico por practicarse la prueba

de ADN se aplican también al hijo que siendo matrimonial busca una correspondencia entre su título de estado y la verdad biológica.

En el caso que sea el padre biológico el que impugne la paternidad matrimonial, el proceso adquiere una doble dimensión en la medida que se busca anular un título, pero también la declaración del vínculo de filiación que concuerda con la verdad biológica. En esa lógica, es la sentencia la que fija la filiación del padre biológico con el hijo que ha dejado de ostentar el título de matrimonial.

Como quiera que fuere, el ordenamiento también debiera ser flexible al momento de impugnar la paternidad matrimonial y admitir que la impugnación de la presunción no necesariamente conlleva o va aunada a una de reclamación. Así, planteamos la independencia de dichas acciones, pero a la vez reconocemos la conexión que puede existir entre las mismas.

En ese sentido, la propuesta de articulado y su principal fundamentación, luego de haberse esbozado los argumentos principales a lo largo de este documento, es la siguiente:

“Artículo 363.- Negación de la paternidad

La prueba de ADN u otras de igual o mayor certeza científica se constituyen como medios probatorios para desvirtuar la presunción de paternidad. “

Esta propuesta de artículo se funda en la necesidad de extender la validez de la prueba de ADN, actualmente concebida únicamente para la declaración judicial de paternidad para los casos de filiación extramatrimonial, para desvirtuar la presunción

de paternidad matrimonial, brindando a los decisores de justicia los instrumentos legales suficientes, en tanto basados en prueba científica, que les permitan garantizar determinar el vínculo biológico entre el marido de la madre y el hijo de ésta.

El artículo 363 del Código Civil vigente mantiene causales de negación de paternidad que en los hechos, pierden total valor frente a una prueba determinante como la prueba de ADN. Así, tal y como lo afirmáramos líneas arriba (página 180), a la luz de los avances científicos y la certeza que brinda esta prueba, no se justifica conservar causales que obligarían a las partes a detallar aspectos de su vida íntima y personal ante los tribunales de justicia, mellándose eventualmente el derecho al honor y la intimidad, de la cónyuge particularmente, aunque también del propio marido y del hijo, eventualmente.

Ahora bien, el artículo 363 del Código Civil está referido a la negación de paternidad que corresponde únicamente al marido, sin embargo, al ampliar mi propuesta la consideración respecto de los sujetos legitimados para la negación de paternidad, el cambio sugerido permitiría que la prueba de ADN sea invocada por cualquier sujeto legitimado, desestimando así la presunción de paternidad matrimonial.

El resultado incuestionable que ofrece la prueba de ADN constituye la principal forma de dotar, de manera también incuestionable, de garantías al derecho a la identidad y la gama de derechos que aquél permite ejercer, si nos colocamos en el caso en que sea el hijo quien invoque la validez de la prueba de ADN para desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial.

No existiendo argumentos en contra de la validez y certeza que brinda la prueba de ADN para la determinación del vínculo biológico entre el progenitor o progenitora y el hijo, no podemos dejar de lado al discusión respecto de la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas en la filiación y si dicha obligatoriedad supone o no una vulneración del derecho a la intimidad e integridad de quien se vea implicado y obligado a someterse a dicha prueba. La argumentación respecto de este tema se retomará líneas adelante cuando se aborde la propuesta de modificación del artículo 402.

“Artículo 364.- Plazo de acción contestatoria

La acción contestatoria es imprescriptible y puede ser interpuesta por el marido, el hijo, la madre y el presunto padre en cualquier tiempo. La madre o el presunto padre biológico pueden ejercer la representación cuando el hijo sea menor de edad.”

Como lo afirmé líneas arriba ⁽²⁰⁹⁾, considero que mantener un plazo que a su vencimiento imposibilite a los sujetos legitimados para interponer una acción de negación de paternidad matrimonial supondría imponer un plazo para el ejercicio de una acción destinada a reclamar la filiación, entendida en sí misma como un derecho por parte de la doctrina y la Corte Constitucional Colombiana.

Entonces, cualquier plazo, por más extendido que sea considerado éste, siempre supondrá un acto arbitrario que en mayor o menor medida impedirá el ejercicio de derechos fundamentales. Más aún, si la validez de las pruebas que definirán la existencia o no de la filiación, no dependen del plazo. Su validez se mantiene más

²⁰⁹ Véase página 182 y siguientes.

allá de la fecha en que éstas sean dispuestas. Siendo así, considero necesario y justo eliminar el plazo y considerar la acción de carácter imprescriptible.

Son argumentos a favor de mi propuesta el derecho constitucional a acceder a tutela efectiva, concordante con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como jurisprudencia internacional, mencionadas anteriormente ⁽²¹⁰⁾.

“Artículo 367.- Titularidad de la acción contestatoria

La acción para contestar la paternidad corresponde a:

- a. El marido.*
- b. La madre por derecho propio y en representación del hijo.*
- c. El hijo*
- d. El presunto padre biológico por derecho propio y en representación del hijo.*
- e. Los herederos y los ascendientes del marido pueden iniciarla si él hubiese muerto, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.*

En el caso del presunto padre biológico, para declarar fundada la demanda, el juez tendrá en cuenta el interés superior del niño y el derecho a la identidad del hijo. La posesión de estado tendrá un papel importante en la determinación de la controversia.”

Considero que ésta es la propuesta central en razón a que elimina la histórica consideración de que solamente el marido puede negar la paternidad del hijo

²¹⁰ Véase página 151 y siguientes.

alumbrado por su cónyuge, sustento principal de la presunción pater is est, cuyas consideraciones han sido abordadas anteriormente ⁽²¹¹⁾.

En este caso, la propuesta sugiere que además del marido y sus herederos, la madre, el hijo y el presunto padre biológico puedan impugnar la paternidad matrimonial, en aras del ejercicio del derecho a la verdad biológica y al acceso a las relaciones familiares, conformantes del derecho a la identidad, los que si bien están inicialmente invocados en razón al ejercicio pleno del derecho a la identidad del hijo, en virtud del interés superior del niño, lo cierto es que también atañen al padre biológico y a todo aquél que por legítimo interés pretenda el establecimiento de la filiación según la verdad biológica.

El establecimiento de un vínculo de filiación no puede fundarse, en todos los casos, en una presunción jurídica, más aún cuando esta presunción es posible de ser rebatida mediante pruebas de plena validez como el ADN por ejemplo. Para los casos en que se pretenda el ejercicio de derechos fundamentales, se debe legitimar a aquellos que al accionar conforme a ley permitirían garantizar dicho ejercicio y que de impedírseles legalmente, el Estado y el ordenamiento jurídico no harían más que negarse a sí mismos la posibilidad de cumplir con su rol garante de derechos.

En el marco de un enfoque de derechos que impone la aplicación de criterios pro hominis o pro personae como lo defino en esta tesis, es preciso eliminar cualquier restricción que suponga inclusive una inaplicación del principio de igualdad y no discriminación, al privilegiarse al marido respecto de otros miembros de la familia o

²¹¹ Véase página 157

de terceros con legítimo interés para actuar, como quien se considera padre biológico del hijo de mujer casa.

La restricción que confiere únicamente al marido la capacidad para accionar tiene como consecuencia una distinción que atenta contra el derecho a la igualdad ⁽²¹²⁾ entre los hijos matrimoniales y extra matrimoniales, permitiéndoseles a estos la capacidad para accionar a favor de su derecho al establecimiento de la filiación de conformidad con la verdad biológica, respecto de los hijos que en razón al vínculo legal que une a su madre con quien puede no ser su padre biológico, se ven impedidos de actuar para disipar esta incertidumbre y con ello ejercer sus derechos. Considero que, siendo la igualdad un componente de la unidad de la filiación ⁽²¹³⁾, que supone no sólo prohibir un trato distinto a quienes en razón al vínculo legal de sus padres devienen en hijos matrimoniales o extramatrimoniales, sino a que dicha unidad que invoca un trato igualitario a los hijos, debe suponer brindar a estos iguales instrumentos que les permitan, a ellos o a quienes representen sus intereses, establecer su filiación en igualdad de condiciones.

Así, la igualdad de los hijos bien puede referirse a la igualdad de las posibilidades jurídicas que el ordenamiento les reconoce en aras del ejercicio pleno de sus derechos, en particular del derecho a la identidad, derecho que su vez permite el ejercicio de una amplia gama de derechos fundamentales.

²¹² Sobre la igualdad como principio constitucional, véase páginas 99 y ss.

²¹³ Sobre la unidad de la filiación, véase páginas 103 y ss.

Finalmente, la ampliación de los sujetos legitimados para impugnar la paternidad matrimonial tiene como vocación última dar cuenta del principio del interés superior del niño a través de una norma expresa que faculta a sujetos que permitirán el ejercicio del derecho a la identidad.

Esta disposición, referida al interés superior del niño contenida en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica la traducción del principio del interés superior del niño a las medidas adoptadas por los órganos públicos, a fin de que cumplan con su rol de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”.

Si bien esta disposición, al igual que las demás, tienen la finalidad de allanar el camino hacia el ejercicio del derecho a la identidad y también de la paternidad de quien siendo padre biológico, no puede ejercerla en razón a la primacía de la presunción pater is est y la inacción – voluntaria o involuntaria – del marido de la madre, soy consciente que una disposición de esta naturaleza bien podría suponer la interposición de la acción de contestación de la paternidad que determine que el marido de la madre no es el padre del hijo alumbrado por ella y al no participar el padre biológico en este proceso, no sea posible determinar entonces la filiación paterna del hijo, cuyo derecho a la identidad podría verse seriamente afectado.

Así, para el caso en que la verdad biológica sustentada en pruebas de fehaciente valor como el ADN, permitan desestimar una paternidad basada en la presunción pater is est, considero que el criterio del juez conducido por el principio del interés superior del niño y el principio pro personae, velarán por conservar todos aquellos elementos de la identidad del hijo que le permitan ejercer su identidad, pese a que

dichos elementos no necesariamente coincidan con la verdad biológica. Así, de ser el caso, podría determinarse judicialmente la conservación del nombre del hijo en tanto no exista forma de sustituirlo por el del padre biológico, ausente en el proceso.

En el caso extremo en que siendo la madre quien inicie la acción contestatoria sin participación del padre biológico y de desestimarse judicialmente la paternidad matrimonial, corra riesgo la determinación de la filiación paterna, de ostentar el hijo la posesión de estado con el marido de la madre y de estar éste de acuerdo, podría desestimarse la acción iniciada por la madre en razón del interés superior del niño y el ejercicio de su derecho a la identidad forjada sobre las bases de las relaciones socio – afectivas establecidas con quien no siendo su progenitor se comportó y decide en el futuro seguir comportándose como tal.

“Artículo 396.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

El hijo de mujer casada puede ser reconocido como extramatrimonial, después de que se haya impugnado la paternidad matrimonial y se haya obtenido sentencia favorable.

Puede accionarse de manera conjunta la acción de impugnación de paternidad matrimonial y la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal acción se lleva a cabo por el hijo o por la madre del mismo.

La acción iniciada por el presunto padre biológico tendrá como consecuencia la impugnación de la paternidad matrimonial y el reconocimiento de filiación extramatrimonial.”

Esta propuesta se funda en la necesidad de eliminar la restricción impuesta a quien pretende establecer la filiación respecto del hijo de mujer casada cuya paternidad no haya sido previamente impugnada. La disposición vigente ha supuesto una restricción para quien se considera el padre biológico del hijo de mujer casada y quien, ya sea por la posesión de estado o por la convicción de que le asiste la verdad biológica, queda sometido a la voluntad de un tercero, en este caso el marido de la madre, para lograr el establecimiento del vínculo de filiación respecto de su hijo biológico.

Nuevamente, se trata de establecer las condiciones amplias y necesarias para que el hijo ejerza plenamente su derecho a la identidad, ejercicio que se ve limitado en las condiciones actuales cuando depende de la voluntad y decisión del marido de la madre, la impugnación de una paternidad que le ha sido asignada en virtud de la presunción pater is est.

Con una modificación de la disposición vigente, en el sentido propuesto, se permitirá en una sola acción que se desvirtúe la paternidad matrimonial y se establezca el vínculo de filiación con el padre biológico, de ser el caso.

Una disposición de esta naturaleza tiene como vocación facilitar el acceso a la identidad basada en la verdad biológica, no sólo para desvirtuar la paternidad del marido de la madre, sino fundamentalmente para garantizar el derecho a la identidad del hijo. Cómo no, también para garantizar el ejercicio de la paternidad de un padre biológico quien inicia o participa de esta acción en aras de ejercerla plenamente.

“Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.”

Si bien esta propuesta aborda una disposición referida a los hijos extramatrimoniales, no hace más que ratificar la validez de las pruebas de carácter científico para el establecimiento de la filiación, también para el caso del hijo de mujer casada; así como establecer la concordancia con la modificatoria sugerida para el artículo 363 del Código Civil sobre negación de paternidad matrimonial.

Sin embargo, no eludimos la discusión respecto de la constitucionalidad de la imposición de la obligatoriedad del sometimiento a la prueba biológica. Al respecto, Bidart Campos ⁽²¹⁴⁾ alegó que la misma vulnera el derecho a no estar obligado a declarar contra sí mismo; más, considero que esta discusión queda resuelta cuando

²¹⁴ Gil Domínguez y otros. Ob. Cit. Pág. 749.

se verifica que la negación al sometimiento a las pruebas biológicas para la determinación de la filiación no hacen más que brindar un argumento relevante para sostener una presunción en contra del opositor.

En ese sentido y como lo afirma Kemelmajer, *“las consecuencias que se extraen de la negativa a someterse a estas pruebas no son inconstitucionales. No se compulsa a nadie, sino que se interpreta, conforma la lógica más elemental, la razón de ser de la conducta asumida por la parte.”*

En esa misma línea de pensamiento, existe jurisprudencia argentina que expresa que *“la presunción de paternidad ante la negativa de someterse a la prueba biológica que surge del artículo 4 de la ley 23511 no atenta contra la garantía contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional (referida al derecho de no auto inculparse en juicio), puesto que no se trata de declarar contra sí mismo, sino de colaborar con la producción de una prueba concluyente ⁽²¹⁵⁾”*

Finalmente, se puede afirmar que en caso de considerarse que la negativa al sometimiento a la prueba de ADN suponga la vulneración de su derecho a no declarar contra sí mismo – garantía para procesos que suponen la imputación de la comisión de un ilícito penal - o del derecho a la intimidad , queda claro que en caso de conflicto entre ambos derechos y el derecho a la identidad, en aplicación del interés superior del niño, la controversia queda resuelta a favor de éste y de la obligatoriedad del Estado de garantizar el derecho a la identidad, por todos los medios jurídicamente posibles.

²¹⁵ CNCiv., Sala A, 21/04/1998, “O.M.C. c. N.E.R.”, LL, 1998-D-741 y DJ, 1998-3-395. En: Gil Domínguez y otros. Ob. Cit. Pg. 750.

Artículo 404.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

Se sugiere su derogatoria en razón a que la materia normada en este artículo se resuelve en virtud de lo propuesto en los artículos 363 y 402.

Como podemos observar la propuesta de modificación del Código Civil mantiene a la presunción pater is est como figura viable dentro del ordenamiento peruano, sólo que adecua algunos elementos de la misma con la finalidad de que responda a una realidad que impone situaciones que deben resolverse a través de la flexibilización de la figura en estudio.

En conclusión, este capítulo da cuenta de la necesidad de adecuar la presunción pater is est a la luz del derecho constitucional y de la protección tuitiva orientada hacia sujetos de especial protección como son los niños.

La filiación matrimonial, aunque asegura la identidad del hijo nacido en el seno de un matrimonio, debe flexibilizarse a la luz de supuestos de la realidad complejos y debe atender a la protección de la dignidad del individuo en tanto es el objeto principal del ordenamiento peruano.

Este ha sido el sentido de la investigación, que concluyo con la propuesta planteada y el análisis de los dispositivos sobre filiación matrimonial. De hecho, el Código Civil necesita de una reevaluación tendiente a unificar las filiaciones, basada en el principio de igualdad y de libre investigación de la paternidad. Si se dejan de lado estos principios se producen profundas desigualdades que afectan la esfera más íntima del individuo en materia de filiación.

Conclusiones y Recomendaciones

1. La dinámica familiar actual producto de las transformaciones socioeconómicas constituyen un aliciente en la transformación constante del Derecho de Familia y viceversa.
2. Las relaciones familiares que surgen en la sociedad merecen ser amparadas por el Derecho de Familia y le imprimen, a su vez, un fuerte contenido ético, moral, político y social, que lo convierte en un Derecho humanista, específico y singular. Dicho contenido determina una regulación y aplicación sustantiva y procesal diferentes al resto de las ramas del Derecho, así como la necesidad de instrumentación de mecanismos que como la Mediación contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos de índole familiar.
3. El análisis del derecho de familia y, en concreto, de la presunción pater is est se debe realizar con parámetros de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, en la medida que estos ejercen influencia sobre el primero, ya que de acuerdo al principio de jerarquía la Constitución es la norma máxima del ordenamiento, lo que es consecuencia del fenómeno denominado “constitucionalización del derecho”.

4. Los principios constitucionales que influyen en la filiación en el ordenamiento peruano son: el principio de igualdad, unidad de la filiación, protección integral del niño, protección de la familia, la libre investigación de la paternidad y el derecho a la identidad.
5. La presunción pater is est ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad. Esta concepción proveniente del derecho romano, y acentuada con el Código Napoleónico, ha inspirado la regulación legislativa de la filiación matrimonial y las acciones de estado vinculadas a dicho instituto.
6. Los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la filiación son: A. el nombre y B. las relaciones familiares: conocer a sus padres, lo que implica un vínculo con la verdad biológica y a ser cuidado por ellos. Conviene señalar que ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes.
7. La presunción de paternidad sigue siendo útil y es una consecuencia natural de la institución del matrimonio. En efecto, los deberes del matrimonio son la fidelidad y la cohabitación, pues este se entiende como una unión monógama. En ese sentido, la presunción debiera seguir derivándose de dicha figura.
8. Antes que promover la supresión de la presunción pater is est, lo que se debe hacer es flexibilizar su diseño en el ordenamiento peruano. Mantenerla

otorga seguridad y protección al hijo nacido dentro del matrimonio, eliminarla sería más gravoso para el niño/a.

9. La vigencia de la presunción pater is est en el ordenamiento peruano no supone un atentado contra el principio de igualdad y no discriminación. Por el contrario, no es posible equiparar los deberes y obligaciones que se derivan del matrimonio con otras formas de relación entre parejas que no generan esta serie de consecuencias jurídicas. Lejos de quedar desfasada, la presunción de paternidad también podría extenderse para el régimen de las uniones de hecho.
10. En el derecho comparado hay ejemplos en los que se admite que el hijo pueda impugnar la paternidad matrimonial. En relación a la madre y al presunto padre biológico, aún hay resistencias en la doctrina.
11. En el caso de la madre, la imposibilidad de que esta pueda impugnar la paternidad de su marido es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad de los cónyuges, se sustenta en el honor del marido y en el hecho que esta no puede alegar su propia torpeza.
12. En el caso del presunto padre biológico, hay quienes admiten su legitimidad, otros que la restringen, y aquellos que admiten una tesis ecléctica basada en la protección de los derechos del niño, como el derecho a la identidad, por lo cual esto se resuelve dependiendo del caso en concreto y en atención al interés superior del niño.

13. La modificación legislativa debe incorporar una referencia al sujeto y objeto de protección de la presunción “pater is est” y ampliar el universo de sujetos legitimados para impugnar la presunción “pater is est”, en aras de proteger el derecho a la identidad del hijo.
14. En la propuesta de modificación legislativa deben tener posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial: el hijo –por derecho propio-, el presunto padre biológico y la madre en representación del hijo –con el propósito de proteger su derecho a la identidad-, pero también por derecho propio.
15. En el ámbito jurisprudencial, la forma de resolución de una demanda de impugnación de paternidad matrimonial no tiene una resolución unívoca, es casuística. A menudo se tendrá que valorar u optar entre el derecho a la identidad (verdad biológica, nombre y relación con los padres) y la posesión de estado, todo ello analizado desde la perspectiva del interés superior del niño.
16. Existe jurisprudencia peruana que valora el interés superior del niño como criterio para resolver casos en los que se involucran sus distintos derechos y se analizan instituciones del derecho de familia. Estas sentencias sirven para sustentar los fundamentos de nuestra propuesta de resolución de casos.
17. La casuística nos muestra al menos 4 supuestos de impugnación de paternidad matrimonial:
 - a. Hijo de mujer casada que posee título de hijo matrimonial y, al mismo tiempo, posee el estado de hijo matrimonial.

- b. Hijo de mujer casada que tiene el título de hijo matrimonial pero no la posesión de estado.
- c. El hijo tiene el título de hijo extramatrimonial, aunque nació de mujer casada y se tendría que haber aplicado el artículo 361º que regula la presunción de paternidad pater ist est.
- d. Hijo de mujer casada que ha sido inscrito por un tercero.

Bibliografía

Normativa

1. Constitución de 1979
2. Constitución de 1993
3. Convención sobre los Derechos del Niño y el Adolescente
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos
5. Código Civil de 1984
6. Código Civil de 1936
7. Código Civil Argentino
8. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Lima: Gaceta Jurídica, 2003
9. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002 – 2010. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Congreso de la República y ADRA Perú. Junio 2005

Libros y Revistas

10. Alexy, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Carlos Bernal Pulido, trad., *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, Madrid, 2002
11. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986] E. Garzón Valdés, trad., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

12. Alexy, Robert: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa*, nº 5, 1988.
13. Aranibar Fernández Dávila, Gabriela. *Instituciones del derecho civil-familia*, en: Derecho Civil Peruano, Tomo II, Lima: Fundación MJ Bustamante de la Fuente, 1996
14. Arias Schreiber, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, tomo III, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 563
15. Barber Cárcamo, Roncesvalles. "*La Constitución y el Derecho Civil*", REDUR No. 2. Año 2004
16. Barbero, Omar. Derechos sucesorios de hijos extra matrimoniales, en L.L. 1982-B,882.VI.
17. Barletta Villarán, María Consuelo. *Los procesos de exclusión de nombre y su incidencia en el derecho a la identidad de los niños*, en: Material del curso Derecho de la niñez y adolescencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, semestre 2009-2
18. Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, disponible en: <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/004-neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-luis-roberto-barroso.pdf>
19. Bernal Pulido. *La racionalidad de la ponderación*, en: Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003
20. Bernal Pulido, Carlos. "El Juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", en J. Vega y E. Corzo (eds.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de*

Derecho Constitucional, Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, revisado el 22 de marzo del 2009, <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>

21. Bernal Pulido, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, disponible en: <http://190.41.250.173/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>, revisado el 15.03-10.
22. Bernal Ballesteros, La Constitución de 1993. Análisis comparado. Instituto Constitución y Sociedad. Segunda edición. Lima
23. Bidart Campos, Germán, "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?", en: La Ley, 2000-B, 22, Nota al Fallo 99.978, CS, 1999/11/01, "D. de P. V., A. c. O., C. H."
24. Bobbio, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993
25. Bossert, Gustavo. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.
26. Borda, Guillermo. *Manual de derecho de familia*, 10a. ed. Actualizada, Buenos Aires: Perrot, 1988.
27. Bustamente Oyague, Emilia. Comentario al artículo 363 del Código Civil, en: Código Civil Comentado, comentan 209 especialistas en materias de Derecho Civil, tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 2da edición, 2007
28. Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, Mexico: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003.
29. Cicu, Antonio. *La Filiación*, Revista de Derecho Privado, 1era. ed. Madrid:

Imprenta Helénica, 1930

30. Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, disponible en: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>, revisado el 18-03-2010.
31. Cordero Cutillas, Iciar. La impugnación de la paternidad matrimonial, España: Universitat Jaume I, 2001
32. Córdova Flores, Álvaro. La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: *Gaceta del Tribunal Constitucional*, N° 10, abril-junio 2008, p. 5, disponible en: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Alvaro.pdf, revisado el 22-03-2010.
33. Díez Picazo y Ponce de León, Luis. Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia, en: Kemelmajer de Carlucci. Aída El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
34. Dietzel, Loreto. El apoyo a la familia en sus funciones primordiales, un eje fundamental de la reforma del SENAME, disponible en: www.iin.oea.org,. Revisado el 26-09-09.
35. Domínguez Águila, Ramón. *Aspectos de la Constitucionalización del derecho civil*, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCII, n° 3, año 1996.
36. Engels, Federico. *El origen de la familia*, Buenos Aires: Claridad, 7ma edición, 1964.
37. Fondo de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Análisis de la situación de la mujer rural en América Latina, en: <http://www.fao.org/docrep/u5615s/u5615s03.htm>, revisado el 17-09-09.

38. Fernández Domingo, José Ignacio. El principio del favor filii en el derecho familiar español, en: Aspectos Constitucionales y derechos fundamentales de familia
39. Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal, Buenos Aires: de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.
40. Franco Gómez, Gloria Inés y María Cristina Vivas de Cerón. *La potestad marital, la patria potestad y la autoridad paterna como factores de igualdad jurídica entre varones y mujeres*, Tesis de grado para obtener el título de doctoras en ciencias jurídica, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1978
41. Freedman, Diego: "Funciones normativas del interés superior del niño", en: Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, disponible en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>, revisado el 18-03-2010.
42. García López, Jesús. Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino. Pamplona, 1979. II.
43. Garriga Gorrina, Margarita. La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen, Navarra: Aranzandi, 2000
44. Gil Domínguez, Andrés y otros. Derecho Constitucional de Familia. Tomo I. EDIAR. Buenos Aires, 2006.
45. Grosman, Cecilia. *Acción de impugnación de paternidad del marido*, Buenos Aires: Editorial Abaco Rodolfo Depalma, 1987.
46. _____. Familia Monoparental, Buenos Aires: universidad, 2008.
47. Gutierrez Camacho, Wálter y Sosa Sacio, Juan Manuel. "Igualdad ante la ley". En *La Constitución comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, 2005

48. Hakkanson Nieto, Carlos. Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Disponible en: <http://pensamientoycultura.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewFile/1543/1865>, revisado el 16-03-2010
49. Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2003
50. Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores. Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica en: Revista de derecho privado, 2005.
51. Herrera, Marisa. *Un "claroscuro" en materia de filiación. Un fallo claro. Algunas variables oscuras*, en: Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina: SJA 26/10/2005.
52. Hernández Díaz-Ambrona, María Dolores. *Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica*, en: Revista de derecho privado, 2005.
53. Kemelmajer de Carlucci, Aída. El derecho de familia y sus nuevos paradigmas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, tomo I, 1999.
54. Kemelmajer de Carlucci, Aída. Derechos Humanos y Derecho de familia, en: Aspectos Constitucionales y derechos fundamentales de familia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000
55. Krasnow, Adriana. Una solución que responde mejor al interés del niño, disponible en: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/04/una-solucion-que-responde-al-mejor.html>, revisado el 25-03-2010
56. _____. El derecho de familia y sus nuevos paradigmas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, tomo II, 1999.
57. _____. El derecho de familia y sus nuevos paradigmas, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, tomo III, 1999

58. Krasnow, Adriana. *Una solución que responde al mejor interés del niño*, en: LA LEY 11/04/2008.
59. Landa Arroyo, César. *Constitución y Derecho Civil: lectura constitucional del Título Preliminar del Código Civil*, en: Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi, Lima: Palestra, 2008.
60. Lloveras, Nora. *La Filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y el Perú, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007.
61. Magistris, Gabriela Paula. Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho: Tensiones y compatibilidades
62. Martínez de Moretín Llamas, María Lourdes. El régimen jurídico de las presunciones, Colección Monografías de Derecho Romano, Sección: Derecho Público y Privado Romano N° 34, Madrid: Dykinson, 2007
63. Mate, R. M., *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Madrid: Fundación Argentería, 1995, p. 9, citado por GARRIGA, Ana. "Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las casas, [Año nº 6, N° 10, 2001](#), consulta: 21 de marzo de 2010, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=251260&orden=188108&info=link>
64. Méndez Costa, María Josefa. La filiación, Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1986
65. Mendoza Escalante, Mijail. *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*, Lima: [s.n], 2000
66. Mendoza Escalante, Mijail. Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano. Disponible en: <http://alojamientos.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MijailMendoza.pdf>.
- Revisado el 17-03-10.

67. Meza Ingar, Carmen. La filiación en el umbral del tercer milenio, en: Revista de Derecho y Ciencia Política, Volumen 56, N°2, 1998
68. Mizrahi, Luis Mauricio. Familia, matrimonio y divorcio. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.
69. Moliner Navarro, Rosa. La familia como espacio de socialización de la infancia, disponible en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Familia%20espacio%20de%20socializacion.pdf>, revisado el 21-09-09
70. Monge Talavera, Luz. *Presunción de filiación matrimonial*. en: Código Civil Comentado, tomo II, derecho de familia, Lima: Gaceta Jurídica
71. Moreso, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. en: Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, Mexico: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003
72. Muro Rojo, Manuel y Rebaza Gonzáles, Alfonso. Legitimación de la acción contestatoria, en: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 699-700.
73. Ortiz Gutiérrez. Aspectos Constitucionales y derechos fundamentales de familia
74. Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires: CELS, Editorial del Puerto, 1997
75. Pizarro Wilson, Carlos. *Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la ley 19 585*, en: Ius et Praxis, año/volumen 5, n° 002, Universidad de Talca, Chile, p. 5, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19750202.pdf>, revisado: 17-09-09

76. Plácido, Alex. **Filiación** y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
77. Plácido Vilcachagua, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (5), disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274>, revisado el 20-11-09
78. Plácido Vilcachagua, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (3), disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274>, revisado el 20-11-09.
79. Planiol, Marcel. *Tratado de Derecho Civil Francés*, La Habana: Cultural, tomo II, 1927-1945.
80. Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil español, tomo 2, volumen 2*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
81. Quesada Gonzalez, Ma. Corona: "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico" en: Anuario de Derecho Civil, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio 1994, tomo XLVII, fascículo II
82. Quicios Molina, Susana. *Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el código civil*, en: Revista de derecho privado y Constitución, N° 11, enero-febrero, 1997.
83. Redondo García, Ana María. *Derecho constitucional al nombre*, en: Revista Jurídica de Castilla y León, N° 11, octubre, 2005.
84. Rosenfeld, Michel. "Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional". En: Carbonell, Miguel (compilador). *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos,

85. Salmón, Elizabeth, *El derecho a la identidad y al nombre como parte de las obligaciones internacionales del estado peruano en materia de derechos humanos*, en: El derecho al nombre e identidad, 3 estudios, disponible en: http://www.alianzaciudadana.org.pe/publicaciones/derecho_nombre.pdf, revisado el 22-09-09
86. Sancho Rebullida, Francisco de Asís, La batalla jurídica de la familia en L.L. 1984-C,1035.No. 3
87. Saiz de Amaiz, Alejandro. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
88. Savatier, René. Informe sobre las Primeras Jornadas de Estudios “Jean Dabin sobre la familia ilegítima en un proceso de humanización del derecho frente al hecho social del abandono o exposición”, Madrid. 1967
89. Siverino Bavio, Paula, *Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del TC en el caso Shcols Pérez*, en Jus (Jurisprudencia), Grijley, Lima, Marzo, 3, 2008
90. Torres Zúñiga, Natalia. “Igualdad ante la ley. Distinción entre igualdad en el contenido de la ley y la aplicación de la ley. Gaceta Constitucional. Marzo 2009.
91. Varsi Rospigliosi, Enrique y Siverino Bavio, Paula. *Determinación de la paternidad matrimonial*, en: Código Civil Comentado, tomo II, Derecho de Familia, Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
92. Varsi Rospigliosi, Enrique. *Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad*, en: Diálogo con la jurisprudencia, Año 3, no. 6
93. Varsi Ropigliosi, Enrique. El proceso de filiación extramatrimonial: moderno tratamiento legal según la Ley No. 28457, Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

94. _____. Divorcio, filiación y patria potestad, Lima: Grijley, 2004.
95. _____. Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Lima: Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, 1999.
96. _____. Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad, en: Diálogo con la Jurisprudencia, año 3, N° 6, jul. 1997.
97. _____. *Pater est is quem sanguis demostrant*, en: Época 1, N° 3, 1991.
98. Varsi Rospigliosi, Enrique. Incaducibilidad de las acciones de filiación, disponible en: <http://www.enriquevarsi.com/2007/07/incaducibilidad-de-las-acciones-de.html>, revisado el 24-03-2010.
99. Vega Mere, Yuri. Las nuevas fronteras del derecho de familia, Trujillo: Normas Legales, 2003.
100. Vega Mere, Yuri. La ampliación del concepto de familia por obra del TC. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho, disponible en: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Yuri.pdf, p. 10, revisado el 17-03-2010
101. Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid: Trotta, 1995
102. Zannoni, Eduarado. *Adopción plena y derecho a la identidad personal*, en: Kemelmajer de Carlucci, Aída. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000
103. Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*, tomo I, 3era edición: Buenos

Aires: Editorial Astrea, 1998

104. Zannoni, Eduardo. *Derecho de familia*, tomo II, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palman, 3era edición, 1998.
105. Zannoni y Bossert. *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 5ta edición, 2000

Jurisprudencia

Nacional:

Tribunal Constitucional

106. STC, expediente No. 0795-2002-AA/TC (caso Teodoro Sánchez).
107. Sentencia del expediente 218-2002-AA/TC (*caso Cartagena Vargas*), publicada el 21 de agosto de 2002, Fj.2.
108. STC, expediente No. 0005-2003-AI/TC publicada el 3/10/2003,
109. STC, expediente N° 0018-2003-AI/TC, publicada el 4/05/2004, Fj. 2
110. STC, expediente N° 0261-2003-AA/TC, publicada el 26/04/2004, Fj.3.1, expediente N° 0018-2003-AI/TC, publicada el 4/05/2004, Fj. 2
111. STC, expediente N° 0045-2004-AI/TC, publicada el 31/03/2006, Fj. 35 y ss.
112. Sentencia recaída en Expediente N° 0047-2004-AI/TC
113. STC, expediente N° 0048-2004-AI/TC, publicada el 01/04/2005, Fj. 65
114. STC, expediente 3330-2004-AA/TC, Fj. 35.
115. STC, expediente N° 0025-2005-PI/TC
116. STC, expediente N° 0026-2005-PI/TC, Fj. 69
117. STC No. 00679-2005-AA/TC, Fj. 36
118. Sentencia recaída en expediente N° 02273-2005-PHC/TC, publicada el 22-10-2006, disponible en www.tc.gob.pe, revisada el 22-09-09

- 119. STC, expediente N° 5854-2005-PA/TC, Fj. 12
- 120. STC, expediente N° 0004-2006-PI/TC
- 121. Sentencia del expediente 2370-2006-AA/TC (*caso Castillo Chirinos*), publicada el 27 de julio de 2006, Fj. 12
- 122. STC, expediente N° 09332-2006-PA/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 6 de febrero del 2008, Fj.7
- 123. STC, expediente No. 01817-2009-PHC/TC, Fj. 5

Poder Judicial

- 124. Corte Superior de Justicia de Lima, *Acceso a la justicia de familia y criterios jurisprudenciales*. Lima, 2007.
- 125. Sentencia de la Sala de Familia (Exp. 3041-2004), del 3 de diciembre de 2004.
- 126. Exp. N° 2003-0839-25801-JF01 del año 2004, Primer Juzgado de Familia de Chimbote.
- 127. Expediente N° 330-2007, Cuarto Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo.

Internacional:

- 128. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Comparada

- 129. Expediente 696, Juzgado de Familia de Córdoba N°4.
- 130. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-507/04